

高职高专“十三五”电子商务系列规划教材

电子商务法律法规

（第2版）

钟慧莹 主 编

李宏宇 庞 洋 宫 楠 副主编

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 • BEIJING

内 容 简 介

《电子商务法律法规（第2版）》坚持以“理论+实践”的教学模式为主导，即把电子商务法的课程体系划分为课堂理论教学和电子商务法律实践环节，紧紧围绕电子商务法律实践工作流程，将实体法与程序法有机结合起来，以保证本教材的实用性和知识的全面性。本教材涵盖了电子商务法概述、电子商务主体确认的法律制度、电子签名法律制度、电子支付法律制度、电子商务安全保障与争议解决法律制度、其他相关电子商务法律制度等内容。本教材力求教与学互动，引导学生主动思考，强化学生对电子商务法律法规的掌握与运用。

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有，侵权必究。

图书在版编目（CIP）数据

电子商务法律法规 / 钟慧莹主编. —2 版. —北京：电子工业出版社，2016.6
ISBN 978-7-121-29268-2

I. ①电… II. ①钟… III. ①电子商务—法规—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2016）第 150720 号

策划编辑：姜淑晶

责任编辑：张 京

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787×1 092 1/16 印张：13.75 字数：352 千字

版 次：2010 年 1 月第 1 版

2016 年 6 月第 2 版

印 次：2016 年 6 月第 1 次印刷

定 价：38.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：（010）88254888，88258888。

质量投诉请发邮件至 zltts@phei.com.cn，盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

本书咨询联系方式：（010）88254186。

前言



2015 年中国迎来了全民电商时代,这表明电子商务作为一个新兴行业在中国已经从快速发展期过渡到成熟稳定期。为此,电子商务法律的制定与实施对鼓励、规范和促进电子商务持续健康发展非常重要。

电子商务法课程是全国高等学校电子商务专业教学中不可或缺的主干课程。电子商务法的调整对象是电子商务交易活动中发生的各种社会关系,而这类社会关系是在广泛采用新型信息技术并将这些技术应用到商业领域后才形成的特殊的社会关系,它交叉存在于虚拟社会和实体社会之间,有别于实体社会中的各种社会关系,且完全独立于现行法律的调整范围。

《电子商务法律法规(第2版)》仍坚持以解决实际电子商务法律问题为目的,紧紧围绕电子商务法律实践工作流程,将实体法与程序法有机地结合起来,以保证本教材的实用性和知识的全面性。在内容安排上,保持了上一版教材的结构体系,在此基础上,结合近年来电子商务及相关法律发展的内容,对第1版教材中的部分章节进行了完善和充实,并更换了绝大部分案例。

《电子商务法律法规(第2版)》以“理论+实践”教学模式为主导,即把电子商务法的课程体系划分为课堂理论教学和电子商务法律实践环节。本书包括如下模块。

引导性案例: 每章都设有“引导性案例”,通过具体生动的典型案例,将学生带入特定事件的现场进行案例分析,引导学生参与分析、讨论、表达等活动。通过学生的独立思考或集体协作,让学生在具体的问题情境中进一步提高其识别、分析和解决某一具体问题的能力,培养学生的学习兴趣,激发学生学习理论的热情。

本章学习目标: 每章均设有“本章学习目标”。学习目标是分析教材和指导学生行为的依据,对学生了解预期结果具有明确的导向和激励作用,是教学活动的出发点与落脚点。学习目标的达成与否是对教师教学评价的主要内容和标准之一,也是对学生学习评价的主要内容和标准之一。

能力指标解析表: 为了在教学中使学生更好地了解每章应掌握的内容及应达到的相应能力,本教材每章都设置“能力指标解析表”,并以权重的方式对该章的知识能力体系进行分解,

学习及实训后便于学生检验对该章内容的掌握程度。

职业指导: 为了使学生更好地将在校时的“所学”与就业时的“所需”结合起来,本教材设有“职业指导”,介绍电子商务行业的发展状况、人才需求等情况。

理论知识: 每章的单元内容主要阐述基本理论知识,并与本章实践技能操作相对应,学生可以用最短的时间掌握“3基”,并将所学的知识转化到实践领域。

法律提示: 在讲述一些关键法律问题时列示出相应法条,便于学生掌握该法条的核心所在。

自测题: 本教材每章均设有“自测题”。课堂教学中,教师将电子商务法的有关知识传授给学生,学生通过自测题可以检验自己的掌握程度并反馈给教师,教师可以据此诊断教学效果,随时反思自己原来的教学方案,调整课时计划;同时,知识和技能掌握情况反馈能有效调动、激励学生和教师双方的非智力因素,使教与学达到最佳效果。

实训题: 在电子商务法教学中,实践技能操作能够使学生的基本理论、基本知识与实践充分结合,使学生更加深入地了解电子商务实践中可能发生的法律问题,运用基本理论对网上的真实案例进行解读,亲身体会电子商务活动中的法律问题。

小组任务: 为了巩固所学的理论知识,增强学生的实践技能和团队精神,本教材在每章最后均以小组为单位进行案例模拟与角色分配。学生通过案例模拟,可对所学法律内容有更深层次的理解,同时,对诉讼程序也更加熟悉。

本教材由钟慧莹担任主编;由孔令秋担任主审。具体编写分工如下:第1、2、5章由钟慧莹(广东省机械高级技工学校)编写,第3章由宫楠(黑龙江大学)、张贺斌(东北农业大学)编写,第4章由庞洋(哈尔滨职业技术学院)编写,第6章由李宏宇(黑龙江司法警官职业学院)编写。

本教材在编写过程中参阅和借鉴了大量的相关书籍、报纸、学术论文和网站,在此表示感谢。由于作者水平有限,书中的缺点和错误在所难免,恳请专家、读者不吝赐教。作者邮箱为 klq2006@126.com。

编 者

目 录



第 1 章 电子商务法概述	1
1.1 电子商务法的基本含义	3
1.1.1 电子商务概述	3
1.1.2 电子商务法是独立的法律部门	5
1.1.3 电子商务法的定义	6
1.1.4 电子商务法的基本原则	7
1.1.5 电子商务法的作用	8
1.1.6 电子商务法律关系	10
1.2 电子商务立法概况	14
1.2.1 国际社会电子商务立法概况	14
1.2.2 我国电子商务的法制建设	20
1.3 电子商务法体系说明	27
自测题	29
实训题	30
小组任务	32
第 2 章 电子商务主体确认的法律制度	33
2.1 电子商务主体概述	35
2.1.1 电子商务交易服务提供者	35
2.1.2 电子商务交易参与方	36
2.2 电子商务交易平台建立与运行法律制度	36
2.2.1 电子商务交易平台建立的法律制度	36
2.2.2 网络服务法律制度	42

2.2.3 第三方电子商务交易平台运行的法律制度	45
2.3 电子商务交易方的确认的法律制度	47
2.3.1 电子商务经营者交易主体的法律规范	47
2.3.2 电子商务企业登记与公示制度	49
2.3.3 电子商务交易参与方的规范行为	49
自测题	51
实训题	53
小组任务	54
第3章 电子签名法律制度	56
3.1 电子签名法律制度概述	59
3.1.1 数据电文、电子签名与电子认证的含义	59
3.1.2 我国的《电子签名法》	64
3.2 数据电文的法律效力	66
3.2.1 数据电文符合法定书面形式要求	66
3.2.2 数据电文符合法定原件形式要求	67
3.2.3 数据电文可以满足法律、法规规定的文件保存要求	67
3.2.4 数据电文作为证据使用时的可采性	68
3.2.5 数据电文作为证据使用时的真实性判断	68
3.2.6 数据电文的发送与接收	69
3.3 电子签名的法律效力	72
3.3.1 可靠的电子签名应当具备的条件	72
3.3.2 电子签名人的法律义务	73
3.3.3 电子签名人的法律责任	74
3.4 电子认证的法律规定	76
3.4.1 电子认证机构的基本含义	76
3.4.2 电子认证机构的设立	77
3.4.3 电子认证服务的内容	80
3.4.4 电子认证过程中有关各方的义务性规定	81
3.4.5 电子认证服务提供者的业务的暂停与终止	84
3.4.6 电子认证服务机构及工作人员的法律责任	85
自测题	89
实训题	90
小组任务	91

第4章 电子支付法律制度	92
4.1 电子支付概述	95
4.1.1 电子支付与电子支付系统	95
4.1.2 电子银行	96
4.1.3 电子支付法律关系	100
4.2 国内外电子支付的立法状况	106
4.2.1 国外电子支付立法现状	106
4.2.2 我国电子支付立法现状与发展前景	107
4.3 电子银行法律制度	110
4.3.1 电子银行的设立与运行	111
4.3.2 电子银行的风险管理	113
4.3.3 电子银行的法律责任	114
4.4 第三方支付法律制度	115
4.4.1 第三方支付概述	116
4.4.2 第三方支付的申请与许可	117
4.4.3 对客户备付金的保护措施	118
4.4.4 实名制管理	119
4.4.5 罚则	119
自测题	121
实训题	122
小组任务	124
第5章 电子商务安全保障与争议解决法律制度	125
5.1 电子商务安全与网络犯罪的防范	127
5.1.1 电子商务安全与网络犯罪概述	127
5.1.2 我国电子商务安全的法律保护	132
5.1.3 网络犯罪及其防范	137
5.2 电子商务争议解决法律制度	146
5.2.1 电子商务中的民事诉讼管辖	146
5.2.2 在线争议的非诉讼解决方式	150
5.2.3 电子证据的运用	154
自测题	157
实训题	159
小组任务	161

第6章 其他相关电子商务法律制度	162
6.1 电子商务中网络隐私权保护法律制度	166
6.1.1 网络隐私权概述	166
6.1.2 国外网络隐私权保护的立法概况	168
6.1.3 我国网络隐私权的保护现状	169
6.1.4 我国网络隐私权保护的立法建议	171
6.2 信息网络传播权保护法律制度	174
6.2.1 信息网络传播权概述	174
6.2.2 我国信息网络传播方面的立法概况	177
6.2.3 信息网络传播的法律保护	178
6.2.4 著作权人和互联网内容提供者的保护责任	181
6.2.5 网络服务提供者在经营活动中应承担的义务	182
6.2.6 网络服务提供者免除赔偿责任的情况	183
6.2.7 法律责任	187
6.3 电子商务中消费者权益保护法律制度	188
6.3.1 电子商务交易中的消费者	188
6.3.2 侵害电子商务消费者权益的原因分析	190
6.3.3 电子商务消费者的权利及其法律保护	191
6.3.4 电子商务经营者的义务	194
6.3.5 网上消费者协会	195
6.3.6 电子合同与消费者权益的保护	196
6.3.7 我国电子商务消费者权益保护制度的完善	198
6.4 电子商务税收法律制度	198
6.4.1 电子商务对传统税收理论与实践的冲击	198
6.4.2 电子商务税收法律制度构建的基本前提	201
6.4.3 科学界定电子商务中的课税对象	203
6.4.4 开征电子商务新税——网络信息商品税	204
自测题	206
实训题	207
小组任务	208
参考文献	209

第 1 章

电子商务法概述



引导性案例

全国人大财经委已起草形成电子商务法法律草案稿

目前我国电子商务立法工作正在积极推进,“电子商务法草案”已经完成。发展十余年的电商行业一直面临无法可依的尴尬局面即将结束。

据悉,电子商务法立法工作于 2013 年年底正式启动,2016 年 3 月 10 日全国人大财政经济委员会副主任委员乌日图答记者问时透露,电子商务立法已列入第十二届全国人大常委会五年立法规划,目前法律草案稿已经形成,将尽早提请审议。

乌日图表示,电子商务出现时间不长,却在经济发展、改善流通,特别是方便人民群众生活等方面发挥了非常重要的作用。但电子商务也存在一些急需用法律规范的问题,如电子商务经营形式的合法性问题、电子商务经营的市场秩序问题、侵犯消费者权益问题等。“特别是一些随着电子商务发展遇到的新问题,如电商的平台责任问题、数据信息保护问题,都需要通过法律加以规范。”电子商务立法坚持问题导向,对电子商务经营的主体责任、交易与服务安全、数据信息保护、维护消费者权益及市场秩序、公平竞争等内容都进行了规范。

案例分析:因为电子商务是新兴事物,具备发展变化快、涉及层面复杂等特点,相关法律的起草需要凝聚方方面面的智慧,才能更加客观和符合国情。在 2014 年全面系统地开展了 16 项电子商务立法专题研究后,2015 年形成了包括部委版、中国电子商务协会的企业版、北京大学的学术机构版、地方财经委的地方版 4 个版本的大纲。电子商务法起草组对这 4 个版本的大纲进行了充分讨论后,形成了两个版本的立法草案建议稿,一个是把部委、协会和学术机构三家的合二为一,另一个由上海、江苏、浙江三地的人大财经委联合起草。然后这两个草案建议稿又经过听取各方意见再次整合,在 2015 年年底终于形成唯一的送审版本。目前已经整合的电子商务法草案送审版可谓非常全面,“可以满足行业的期待”。电商法将涉及电子商务主体、电子商务监管体系、电子商务市场准入与退出、电子合同、电子支付、快递物流、知识产权保护、消费者权益保护、市场权益与公平竞争、争端解决机制、网络安全和

跨境电商等内容。

(http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2016-03/11/content_6520163.htm?node=20730;
<http://www.mofcom.gov.cn/article/shangwubangzhu/201603/20160301274283.shtml>)



本章学习目标

1. 掌握电子商务的概念,熟悉电子商务的基本构成要素。
2. 掌握电子商务法的特点和电子商务法律关系。
3. 理解电子商务法的作用。
4. 了解电子商务方法概况。



能力指标解析表

电子商务法概述

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子商务法的基本含义	0.5	电子商务概述	0.1	电子商务的含义	0.5
				电子商务的基本构成要素	0.5
		电子商务法是独立的法律部门	0.1	法律部门划分的理论依据	0.2
				电子商务法的调整对象	0.4
		电子商务法的定义	0.2	电子商务法符合独立法律部门的标准和要求	0.4
				电子商务法的定义	1
		电子商务法的基本原则	0.2	中立原则	0.25
				意思自治原则	0.25
				功能等同原则	0.25
				安全原则	0.25
		电子商务法的作用	0.2	为电子商务的规范发展提供了法律环境	0.4
				促进新技术在电子商务中的广泛应用	0.3
		电子商务法律关系	0.2	有效地遏制了侵犯电子商务交易安全的行为	0.3
				电子商务法律关系的含义	0.25
				电子商务法律关系的主体	0.25
				电子商务法律关系的客体	0.25
				电子商务法律关系的内容	0.25

续表

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子商务立法概况	0.4	国际社会电子商务立法概况	0.4	联合国的电子商务立法	0.2
				世界贸易组织的电子商务立法	0.2
				地区性组织的电子商务立法	0.2
				世界主要国家的电子商务立法	0.2
				各国电子商务立法的特点	0.2
		我国电子商务的法制建设	0.6	加强电子商务发展政策性文件	0.4
				有关电子商务的法律	0.3
				规范电子商务应用的管理办法	0.3
电子商务法体系说明	0.1	电子商务法体系说明	1	电子商务法体系说明	1



职业指导

根据国务院2015年发布的《关于大力发展电子商务加快培育经济新动力的意见》，到2020年统一开放、竞争有序、诚信守法、安全可靠的电子商务大市场基本建成。为此，加强对电子商务法的宣传、培养具有电子商务法律知识的专门人才，已经成为电子商务发展的重要支撑点。

目前，电子商务行业人才总体上需求量仍然很大，复合型、开拓型和既有专业能力又有实践经验的人才新一轮人才招聘中的新宠，既懂电子商务技术又懂电子商务法律的人才更为抢手。建立安全、稳定的电子商务安全交易平台与法律环境，培养既懂电子商务又懂电子商务法律的专门人才成为重中之重。为此，开展电子商务基础理论、发展规律研究，探索建立电子商务学科体系，引导高等院校加强电子商务学科建设和人才培养，为电子商务发展提供更多的高层次复合型专门人才。据预测，到2020年电子商务人才需求缺口将达400万人。

1.1 电子商务法的基本含义

1.1.1 电子商务概述

1. 电子商务的含义

电子商务是运用现代通信技术、计算机技术和网络技术进行的一种社会经济形态，其目的是通过降低社会经营成本、提高社会生产效率、优化社会资源配置，从而实现社会财富的最大化利用。它建立在全社会的“网络就绪”的基础上，利用信息技术实现社会商业模式、管理模式、组织结构创新与变革，使全社会资源以透明、快捷、互动的方式流动，带来整

个社会生产经营活动价值链的改变。电子商务是经济和信息技术发展并相互作用的必然产物。目前,对电子商务概念的认识大致分为两类:广义的电子商务概念和狭义的电子商务概念。

广义的电子商务(Electronic Business, EB)是指利用电子手段进行的商务贸易活动。这里的电子手段,无论初级的还是高级的,均涵盖其中。既包括较为先进的互联网技术,也包括以往的电报、电传等技术手段。

狭义的电子商务(Electronic Commerce, EC)涵盖于广义的电子商务概念之中,仅将通过互联网进行的商业活动归属于电子商务。其准确描述为:依托计算机及网络进行货物贸易和服务交易,并提供相关服务的商业形态。具体细分为:企业之间电子商务(Business to Business, B2B);企业和消费者之间电子商务(Business to Consumer, B2C);消费者之间电子商务(Consumer to Consumer, C2C);政府和企业之间电子商务(Government to Business, G2B)。

本教材采用狭义电子商务的概念,并以此为基础构建电子商务法体系。

2. 电子商务的基本构成要素

电子商务是由诸多参与方构成的,并且在交易过程中辅以信息流、资金流和物流来完成交易过程。为此,电子商务的立法也围绕电子商务的基本构成要素而进行。

(1) 电子商务运行平台

电子商务运行平台主要是指计算机网络平台。网络平台是网络基础设施,是实现电子商务底层的硬件基础设施,是商业、业务信息的传输系统。网络主要包括企业内联网、EDI和互联网等,在电子商务中主要是指互联网。电子商务运行平台的主体主要是针对网上交易服务提供者而言的,根据其服务内容可以分为以下几种。

① 网上交易平台服务提供者。网上交易平台服务提供者从事网上交易平台运营并为买卖双方提供交易服务。网上交易平台是平台服务提供者开展网上交易提供的计算机信息系统,该系统包括互联网、计算机、相关硬件和软件等。

② 网上交易辅助服务提供者。网上交易辅助服务提供者优化网上交易环境和促进网上交易,为买卖双方提供身份认证、信用评估、网络广告发布、网络营销、网上支付、物流配送、交易保险等辅助服务。

生产企业自主开发网上交易平台,开展采购和销售活动,也可视为网上交易服务提供者。

(2) 电子认证机构

电子认证机构(Certification Authority),即CA认证中心,是指作为第三方的数字签名认证机构,通过给从事交易活动的各方主体颁发数字证书、提供证书验证服务等手段来保证交易过程中各方主体电子签名的真实性和可靠性的机构。

(3) 电子商务交易方

电子商务交易的交易方,即利用网络进行电子商务活动的交易人,具体指买方和卖方。

① 买方,是在电子商务交易中利用互联网购买或获得商品或服务的企业或个人。

② 卖方,是在电子商务交易中利用互联网出售商品或服务的企业或个人。现行法律制度规定,从事商品和服务交易须具备相应的资格,交易方应当符合其规定。

电子商务买卖双方包括个人用户与企业用户。个人用户主要利用互联网进行消费活动;

企业用户利用互联网发布产品信息、进行网上洽谈、网上采购与销售,同时也可以利用网络进行企业内部管理。

(4) 网上金融机构

网络金融,又称电子金融(e-finance),从狭义上讲是指在国际互联网(Internet)上开展的金融业务,包括网络银行、网络证券、网络保险等金融服务及相关内容;从广义上讲,网络金融是以网络技术为支撑,在全球范围内的所有金融活动的总称,它不仅包括狭义的内容,还包括网络金融安全、网络金融监管等诸多方面。它不同于传统的以物理形态存在的金融活动,它是存在于电子空间中的金融活动,其存在形态是虚拟化的,运行方式是网络化的,它是信息技术特别是互联网技术飞速发展的产物,是适应电子商务(e-commerce)发展需要而产生的网络时代的金融运行模式。现今的网上金融机构主要是指电子银行和第三方支付平台。作为电子商务必不可少的支撑机构,电子银行业务不同于传统银行业务,电子银行业务实际上为商业银行等金融机构开展其他业务、销售产品与服务提供了一个电子网络平台,并可以在此基础上构成可独立存在的业务品种。电子银行可以为用户提供24小时全天候服务,并采用网上支付手段,极大地方便了用户。第三方支付即由非金融机构提供的支付服务,是指非金融机构在收、付款人之间作为中介机构,通过网络支付提供部分或全部货币资金转移服务。为此,网上支付业务规模不断增长,服务效率稳步提高,网上资金交易和转移日益频繁,客户对电子渠道服务的依赖程度不断加深。

(5) 物流中心

物流中心主要进行商品与服务的配送与传输。对于大多数实体商品和服务来说,物流仍能通过传统的渠道进行,而网络信息产品和服务则可以直接通过网络传输方式进行配送,如软件、信息咨询服务等。

1.1.2 电子商务法是独立的法律部门

电子商务作为新兴的交易方式,充分利用现代信息及网络技术。由于网络的虚拟性、无形性,使电子商务较传统的交易方式有很大的不同。为此,该种商业行为在互联网环境下形成的独立的调整对象孕育了新的部门法——电子商务法。

1. 法律部门划分的理论依据

对于电子商务法是否是独立的法律部门(部门法)尚有争议。有学者认为电子商务法从属于民法,有学者则认为电子商务法从属于传统商法。对于部门法的划分,应以法律调整的对象划分为主要标准。

法律调整的对象,即社会关系,其具有复杂性、多样性、广泛性、层次性和体系性。在一定程度上,可根据一个国家的法律体系所调整的社会关系的类别来决定该法律体系划分为哪些法律部门;对于某一规范性法律文件,也可根据其调整对象来判断其归属。电子商务法是否以新生事物为调整对象是认定电子商务法是否是独立的法律部门(部门法)的主要依据。

2. 电子商务法的调整对象

调整对象是立法的核心问题,也是一法区别于另一法的基本标准。根据电子商务的本质和特点,电子商务法的调整对象应当是电子商务交易活动中发生的各种社会关系,而这类社会关系是在广泛采用新型信息技术并将这些技术应用到商业领域后才形成的特殊的社会关系,它交叉存在于虚拟社会和实体社会之间,有别于实体社会中的各种社会关系,且完全独立于现行法律的调整范围。电子商务是利用电子手段而开展的商务活动,所以电子商务法的调整对象应当包括技术范围与商务范围。

(1) 电子商务法所涉及的技术范围

电子商务是通过电子手段传递信息的。例如,通过因特网进行的自由格式的文本的传递,以电子数据交换方式进行的通信,计算机之间以标准格式进行的数据传递,利用公开标准或专有标准进行的电文传递。电子商务法在考虑比较先进的通信技术,如电子数据交换和电子邮件的同时,也应考虑到适用于不太先进的通信技术,如电传、传真等,并且任何通信技术均不应排除在电子商务法范围之外,未来技术的发展也必须顾及。

(2) 电子商务法所涉及的商务范围

从本质上讲,电子商务仍然是一种商务活动。因此,电子商务法需要涵盖电子商务环境下的合同、支付、商品配送的演变形式和操作规则;需要涵盖交易双方、居间商和政府的地位、作用和运行规范;也需要涵盖涉及交易安全的大量问题;同时,还需要涵盖某些现有民法尚未涉及的特定领域的法律规范。

3. 电子商务法符合独立法律部门的标准和要求

电子商务关系是因互联网在经济活动中的应用而产生的一种新型社会关系,这种新型社会关系交叉存在于实体社会和虚拟社会之间,具有独特的性质。传统法律能够调整其中一部分内容,而对于另一部分因使用数据电文等网上交易手段产生的一系列新问题,如网络通信记录与电子签字效力的确认、安全标准与电子认证机构的确立、网站及在线交易主体的设立与市场准入、电子合同的订立与证明、电子产品交付与电子支付等建立在传统书面形态下的法律体系是难以调整的,必须制定新的专门法。因此,电子商务法并不应当试图去构建所有的网络贸易秩序规则,而应当将重点放在因交易手段和方式的改变而产生的特殊商事法律关系的调整上。也就是说,电子商务法是调整网络贸易中产生的、传统法律难以调整的商事关系的规则。电子商务法以其独立的、特有的调整对象,使之成为一个独立的部门法。电子商务法是一个非常庞杂的法律体系,涉及许多领域,既包括传统的民法领域,如合同法、著作权法等,又有新的领域,如数字签名法、数字认证法等。为此电子商务法有其独特的调整对象和适用领域。

1.1.3 电子商务法的定义

与电子商务概念相应,大部分的国内外法律法规文件或论著都对电子商务法有广义和狭义两种解释。

广义的电子商务法与广义的电子商务相对应,包括所有调整以数据电文方式进行的商务活动的法律规范。其内容涉及广泛,是具有形式意义的电子商务法,包括调整以电子商务为交易形式和以电子信息为交易内容的法律规范,如联合国的《电子商务示范法》。

狭义的电子商务法对应于狭义的电子商务,是调整以数据电文为交易手段而形成的由交易形式所引起的商事关系的法律规范。这是实质意义上的电子商务法,也是作为部门法意义上的电子商务法。它不仅包括以电子商务命名的法律法规,还包括其他各种制定法中有关电子商务的法律规范,如我国《合同法》中关于数据电文的规定、《刑法》中关于计算机犯罪的规定等。

本教材采用狭义的电子商务法概念,并从狭义的电子商务法的角度来研究相关的法律问题,所以电子商务是依托计算机及网络进行货物贸易和服务交易,并提供相关服务的商业形态。也就是说,只有通过互联网进行的商业活动才归属于电子商务。相应地,电子商务法所解决的问题均应集中于计算机领域中发生的商事活动,如网络通信记录与电子签名效力的确认、认证机构及其权利义务的确立等方面。

1.1.4 电子商务法的基本原则

电子商务是新兴的立法领域,除了遵循法律的一般原则外,还应符合网络环境的新的法律原则。

1. 中立原则

电子商务法的基本目标就是在电子商务活动中建立公平的交易规则。为了实现各方利益的平衡,达到公平的目标,就必须确立电子商务法的中立原则。中立原则包括以下几个方面。

(1) 技术中立

电子商务法对电子商务中各种现行技术不应有任何歧视性要求。同时,还要给未来技术的发展留下法律空间。例如,新计算机的问世、新一代高速网络的出现等,都将考验电子商务法的技术中立性。当然,技术中立原则在实施过程中势必会遇到许多困难。而克服这些具体困难的过程也就是技术中立原则的实现过程。

(2) 媒介中立

媒介中立是中立原则在各种通信媒体上的具体表现,所不同的是,技术中立侧重于信息的控制和利用手段,而媒介中立则侧重于信息依赖的载体。电子商务法应以中立的原则来对待这些媒介,允许各种媒介根据技术和市场的发展规律而相互融合、互相促进。只有这样,才能使各种资源得到充分的利用,从而避免人为的行业垄断。开放性互联网的出现正好为各种媒介发挥其作用提供了理想的环境,达到兴利除弊、共生共荣的目的。

(3) 实施中立

实施中立是指在电子商务法与其他相关法律的实施上不可偏废;在本国电子商务活动与国际性电子商务活动的法律待遇上应一视同仁。特别是不能将传统书面环境下的法律规范(如书面、签名、原件等法律要求)的效力置于电子商务法之上,而应中立对待,根据具体环境特征的需求决定法律的实施。

2. 意思自治原则

当事人意思自治是民事法律中的一项基本原则。即在民事活动中,除法律有强制性规定外,各民事主体可以自主决定自己的行为,交易各方可以自愿约定双方之间的权利义务关系。当事人意思自治的核心是尊重当事人自主的意思选择,从法律上承认当事人可以自由决定相互之间的法律关系。电子商务本质上是一种商业活动,仍未脱离民法的调整范畴。所以电子商务交易活动虽然通过电子形式进行,但在本质上与一般的民事交易活动没有区别,因此同样应当遵循意思自治原则,参加电子交易的各方应当能够选择电子方式,应当能够按双方的意愿确定交易协议的条款,不应含有被强迫的成分和由国家强制执行。电子商务活动主体有权决定自己是否进行交易、和谁交易。这体现电子商务主体的意思自治。

3. 功能等同原则

功能相同,则法律效力应该相同。电子商务法对商家与消费者、国内当事人与国外当事人等都应尽量做到同等保护。因为电子商务市场本身是国际性的,在现代通信技术条件下,割裂的、封闭的电子商务市场是无法生存的。电子商务法应以这样的认识为依据:针对传统的书面文件的法律规定是利用现代信息手段发展商务活动的主要障碍。电子商务法通过扩大“书面形式”、“签字”和“原件”等概念的范围,把以计算机为基础的技术也包括进去,解决国内法中的传统规定对使用电子商务造成的障碍。因此,电子商务立法过程中应依赖“功能等同”的新方法,这种办法立足于分析传统的书面要求的目的和作用,以确定如何通过电子商务技术来达到这些目的或作用。例如,书面文件可起到下述作用:提供的文件均可识读;提供的文件在长时间内可保持不变;可复制一文件以便每一当事方均掌握一份同一数据副本;可通过签字核证数据;提供的文件采用社会和法院可接受的形式。应当注意到,关于所有上述书面文件的作用,电子记录也可提供如同书面文件同样程度的安全,在大多数情况下,特别是就查明数据的来源和内容而言,其可靠程度和速度要高得多,但须符合若干技术和法律要求。然而,采取“功能等同”办法不应造成电子商务使用者须达到比书面环境更加严格的安全标准。

4. 安全原则

保障电子商务活动的安全既是电子商务法的重要任务,也是电子商务法的基本原则。电子商务以其高效、快捷的特性,在各种商事交易形式中脱颖而出,具有强大的生命力。而这种高效、快捷的交易工具,必须以安全为前提,它不仅需要技术上的安全措施,同时也离不开法律上的安全规范。例如,强化安全电子签名的标准,规定认证机构的资格及其职责等具体的制度,都是为了在电子商务条件下形成一个较为安全的环境,至少其安全程度应与传统纸面形式相同。

1.1.5 电子商务法的作用

随着电子商务的广泛应用,电子商务法必然起着至关重要的作用,主要表现为如下几点。

1. 为电子商务的规范发展提供了法律环境

电子商务是经济和信息技术发展并相互作用的必然产物。如何为电子商务创造一个良好的法制环境，并以此来规范电子商务交易各方在虚拟网络下进行交易的规则，保证整个交易活动的有序进行，是电子商务法的根本任务。同时，如何保护电子商务主体（电子商务交易的交易方和电子商务交易服务提供者）的权利义务都已经成为电子商务法的主要内容。电子商务活动可以按照法律规定的程序进行，明确了双方的责任，使双方发生纠纷时可以按照电子商务法的有关规定加以解决，从而使电子商务活动有法可依、有据可查，保障电子商务活动按照规范顺利进行。

2. 促进新技术在电子商务中的广泛应用

电子商务法平等地、开放地对待基于书面文件的用户和基于数据电文的用户，充分发挥高科技手段在商务活动中的作用，为电子商务的普及创造了方便条件。同时也旨在鼓励交易的参与者有效利用现代信息技术手段进行快速、方便、安全的交易，并以此促进经济增长和提高国际、国内贸易的效率。

3. 有效地遏制侵犯电子商务交易安全的行为

目前企业发展电子商务的最大顾虑是安全性问题，信息的安全性是当前发展电子商务最迫切需要解决的问题之一。电子商务网上交易的安全不仅要靠技术保障措施，更重要的是要靠电子商务立法来规范。只有依法管理信息网络，才能保障和促进我国信息技术和信息网络健康有序地发展。

相关链接

携程网“泄密”事件使用户陷入恐慌

2014 年，国内知名漏洞报告平台乌云网公布了一则关于携程网的安全漏洞信息，称大量用户银行卡信息可能泄露，让曾经用信用卡在携程消费过的用户陷入恐慌。随后，携程网方面迅速进入技术排查，并在漏洞发布两小时内修复该问题。根据携程网官方通告显示，除了存在潜在风险的 93 名客户需要更换信用卡外，其他所有的客户信息在携程网都是安全的。与此同时，携程网致歉并承诺如因安全漏洞引起用户损失，携程网将承担全部责任并给予赔付，并启动一系列加固系统信息安全的措施。

此后，携程网已建立安全应急响应中心（sec.ctrip.com），并设立了总额 500 万元的信息安全奖励基金，奖励为携程网找出漏洞的信息安全卫士，且将邀请国际知名信息安全认证机构，来共同保障用户的个人信息安全。此外，针对媒体关心的 CVV 问题，携程网方面表示，将不再保存客户的 CVV 信息，以前保存的那些 CVV 信息，正在予以删除。

1.1.6 电子商务法律关系

在电子商务中,诸多的参与者由于参与目的和参与方式不同,形成了不同的经济关系。通过电子商务法律法规的调整,确立他们之间的权利义务关系,从而形成了不同的电子商务法律关系。

1. 电子商务法律关系的含义

法律关系是法律规范在调整人们行为过程中形成的权利义务关系。例如,企业与职工依法订立劳动合同后,就构成了双方的劳动法律关系。法律关系由法律关系主体、法律关系客体和法律关系内容(权利义务)三要素构成。电子商务法律关系是指由电子商务法律规范所确认的电子商务活动中当事人之间的具有权利义务内容的经济关系。电子商务法律关系的构成要素自然也包括电子商务法律关系主体、电子商务法律关系客体和电子商务法律关系内容。电子商务法律关系必须同时具备这三个基本要素,缺一不可。如果变更其中任何要素,均会对电子商务法律关系产生影响。

相关案例

2010年5月25日至27日期间,周鸿祎(奇智软件(北京)有限公司董事长)在其新浪微博、搜狐微博、网易微博等微博上发表多篇博文,内容涉及“揭开金山公司面皮”、“微点案”、“金山软件破坏360卫士”等。金山公司认为这些微博内容虚构事实、恶意诽谤,诋毁原告商业信誉及产品信誉,且经网络和平面媒体报道后,造成金山公司社会评价的降低。因此,请求周鸿祎停止侵害、在新浪、搜狐、网易微博首页发布致歉声明并赔偿经济损失1200万元。

北京市海淀区法院一审认为,微博的特点在于寥言片语、即时表达人对事所感所想,是分享自我的感性平台,与正式媒体相比,微博上的言论随意性更强、主观色彩更加浓厚,对其言论自由的把握尺度也更宽。考虑微博影响受众不特定性、广泛性的“自媒体”特性,对微博言论是否构成侵权,应当综合考量发言人的具体身份、言论的具体内容、相关语境、受众的具体情况、言论所引发或可能引发的具体后果等加以判断。周鸿祎作为金山公司的竞争对手奇虎360公司的董事长,且是新浪微博认证的加“V”公众人物,拥有更多的受众及更大的话语权,应当承担比普通民众更大的注意义务,对竞争对手发表评论性言论时,应更加克制,避免损害对方商誉。一审法院认为,周鸿祎利用微博作为“微博营销”的平台,密集发表针对金山软件的不正当、不合理评价,目的在于通过诋毁金山软件的商业信誉和商品声誉,削弱对方的竞争能力,从而使自己任职的公司在竞争中取得优势地位,具有侵权的主观故意,其行为势必造成金山公司社会评价的降低,侵犯了金山公司的名誉权,应承担停止侵权、赔礼道歉、消除影响并赔偿损失的责任。但金山公司并无证据证明其股价下跌与周鸿祎微博言论的关联性,判决周鸿祎停止侵权、删除相关微博文章、在新浪、搜狐、网易微博首页发表致歉声明,并赔偿经济损失8万元。二审法院改判赔偿经济损失5万元。
(http://www.legaldaily.com.cn/legal_case/content/2014-10/09/content_5790905.htm?node=33834)

在本案中，电子商务法律关系主体为周鸿祎、金山公司；电子商务法律关系客体是金山公司商业信誉及产品信誉；而电子商务法律关系内容则指在本案中周鸿祎、金山公司享有的权利和承担的义务。

2. 电子商务法律关系的主体

法律关系主体是法律关系的参加者，即在法律关系中，一定权利的享有者和一定义务的承担者。在每一具体的法律关系中，主体的多少各不相同，在大体上都属于相对应的双方：一方是权利的享有者，称为权利人；另一方是义务的承担者，称为义务人。具体包括：公民（自然人），这里的公民既指中国公民，也指居住在中国境内或在境内活动的外国公民和无国籍人；机构和组织（法人），主要有各种国家机关（立法机关、行政机关和司法机关等）、各种企事业单位以及在中国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业、各政党和社会团体；在特殊情况下，国家可以作为一个整体成为法律关系主体，如国家作为主权者是国际公法关系的主体，可以成为外贸关系中的债权人或债务人。

电子商务法律关系的主体是指电子商务的各方参与者，是享有权利、承担义务的当事人。在一个电子商务法律关系中一般存在着两个或两个以上的主体，其中权利的享有者称为权利主体，义务的承担者称为义务主体，但一般情况下，当事人都是双重身份。电子商务法律关系的主体主要包括电子商务交易者、电子商务服务提供者、电子商务认证机构、电子商务监管者等。以上几类当事人参与电子商务法律关系，必须按照相关的法律法规取得相应的主体资格。

（1）电子商务交易者

电子商务交易是通过网络进行的商业活动，其最基本的主体就是电子商务交易者。电子商务交易者是电子商务交易中就商品或服务进行直接交易的各方，即商品或服务的提供者和消费者，也就是商品或服务的卖方和买方当事人。电子商务法律的重要任务就是确保电子商务交易各方身份的真实性与合法性。

（2）电子商务服务提供者

在电子商务交易中，商品或服务的买卖双方是通过数据传输的形式进行交易协商及履行的，双方互不谋面，因此交易的实现必须依靠第三方的参与。电子商务服务提供者在买卖双方的交易活动中发挥着重要作用，缺少了这些服务机构，电子商务活动就无法真正开展，因此电子商务服务提供者也是电子商务法律关系中不可或缺的主体之一。常见的电子商务服务提供者包括网络服务提供商（ISP）、网络接入提供商（IAP）、在线服务提供商（OSP）、应用服务提供商（ASP）和网络内容提供商（ICP）。

（3）电子商务认证机构

电子商务认证机构是在开放性的电子商务中为交易双方提供身份验证的第三方机构，主要证明数据电文中电子签名人的身份及其信用状况，为用户的电子签名颁发电子签名认证证书，从而消除交易双方的疑虑，实现交易目的。它不仅要对进行电子商务的交易双方负责，还要对整个电子商务的交易秩序负责。

（4）电子商务监管者

作为管理者，政府需要加强对电子商务有效的监管，履行监管者的责任，以保证电子商

务健康、有序发展。当前我国政府相关部门在对电子商务监管时应做到:联合监管、网络监管、透明监管、服务监管和依法监管。

3. 电子商务法律关系的客体

笼统地讲,法律关系客体是指法律关系主体之间的权利和义务所指向的对象,它是构成法律关系的要素之一。法律关系客体包括物、人身、精神产品和行为结果。

电子商务法律关系客体,是指电子商务法律关系主体享有的权利和承担的义务所指向的对象。在电子商务法律关系主体之间,为达到一定的商务目的而形成的相应的法律关系,这种目的就是电子商务法律关系的客体。如有的是为了取得一定的财物,有的是为了提供一定的劳务或者完成一定的工作,有的是为了获得一定的智力成果。

(1) 有形商品

在现实生活中的任何有形商品或物品,包括动产和不动产均可以通过电子商务进行交易。只不过目前通过网络进行交易的实体物品多集中在图书、音像制品和标准化商品,有形商品的电子商务交易要依赖传统方式进行配送或交付。

(2) 数字化商品

在网络中进行物流传递的商品是数字化商品、信息商品和网上服务行为。消费者可以通过网络直接下载数字化商品或信息,如电子书刊、软件和游戏等。这种数字化产品和信息的交易可以通过网络完成信息流、资金流和物流的全过程。网上服务行为是通过网络向消费者提供某种信息或服务,如网上旅游服务、网上法律咨询、网上远程教育等在线行为。

4. 电子商务法律关系的内容

法律关系的内容是指法律关系主体所享有的权利和承担的义务,即法律权利和法律义务。电子商务法律关系的内容是指电子商务交易中当事人享有的权利和承担的义务。

电子商务主体在电子商务法律关系中依法享有自己为或者不为一定行为和要求他人作为或者不为一定行为的权利。而各方的义务相对于权利而存在,其目的是满足权利的需要,是各方的义务主体依法或依合同的规定为实现他人的利益而必须为一定行为或者不为一定行为的责任。不同的电子商务法律关系主体享有的权利和承担的义务是各不相同的。

(1) 电子商务交易当事人的权利和义务

电子商务交易双方之间的法律关系实质上表现为双方当事人的权利和义务。交易双方的权利和义务是对等的。销售者的义务就是消费者的权利,反之亦然。

① 电子商务销售和服务企业的义务。在电子商务条件下,销售者应当承担三项义务:一是按照合同的规定提交标的物及单据。提交标的物 and 单据是电子商务中销售方的一项主要义务。为划清双方的责任,标的物交付的时间、地点和方法应当明确规定。如果合同中对标的物的交付时间、地点和方法未做明确规定的,应按照合同法或国际公约的规定办理。二是对标的物的权利承担担保义务。与传统的买卖交易相同,销售者仍然应当是标的物的所有人或经营管理人,以保证将标的物的所有权或经营管理权转移给购买方。销售者应保障对其所出售的标的物享有合法的权利,承担保障标的物的权利不被第三人追索的义务,以保护消费者的权益。如果第三人提出对标的物的权利,并向消费者提出收回该物时,销售者有义务证

明第三人无权追索,必要时应当参加诉讼,出庭做证。三是对标的物的质量承担担保义务。销售者应保证标的物质量符合规定。销售者交付的标的物的质量应符合国家规定的质量标准或双方约定的质量标准,不应存在不符合质量标准的瑕疵,也不应出现与网络广告相悖的情况。销售者在网络上出售有瑕疵的物品,应当向消费者说明。销售者隐瞒标的物的瑕疵,应承担责任。消费者明知标的物有瑕疵而购买的,销售者对瑕疵不负责任。

② 电子商务消费者的义务。在电子商务条件下,消费者同样应当承担三项义务:一是消费者应承担按照网上交易规定方式支付价款的义务。由于电子商务的特殊性,网络购买一般没有时间、地点的限制,支付价款通常采用信用卡、智能卡、电子钱包或其他电子支付方式。在电子交易合同中,采用哪种支付方式应明确规定。二是消费者应承担按照合同规定的时间、地点和方式接受标的物的义务。由消费者自提标的物的,购买方应在销售方通知的时间内到预定的地点提取。由销售者代为托运的,消费者应按照承运人通知的期限提取。由销售者运送的,消费者应做好接受标的物的准备,及时接受标的物。购买方迟延接受时,应负迟延责任。三是消费者应当承担对标的物验收的义务。消费者接受标的物后,应及时进行验收。规定有验收期限的,对表面瑕疵应在规定的期限内提出。发现标的物的表面瑕疵时,应立即通知销售者,瑕疵由销售者负责。消费者不及时进行验收,事后又提出表面瑕疵,销售者不负责任。对隐蔽瑕疵和销售者故意隐瞒的瑕疵,消费者发现后,应立即通知销售者,追究卖方的责任。

(2) 电子商务服务提供者的法律地位

电子商务服务提供者在电子商务交易中扮演着介绍、促成和组织者的角色。这一角色决定了电子商务服务提供者既不是买方,也不是卖方,而是交易的中间人。它是按照法律的规定、买卖双方委托业务的范围和具体要求进行业务活动的。

电子商务服务提供者资格的取得,根据《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》第九条,必须具备以下条件:① 是依法设立的企业法人或者事业法人;② 具有相应的计算机信息网络、装备以及相应的技术人员和管理人员;③ 具有健全的安全保密管理制度和技术保护措施;④ 符合法律和国务院规定的其他条件。

电子商务服务提供者应当认真负责地执行买卖双方委托的任务,并积极协助双方当事人成交。网络中心在进行介绍、联系活动时要诚实、公正、守信用,不得弄虚作假,招摇撞骗,否则须承担赔偿责任等法律责任。

买卖双方之间各自因违约而产生的违约责任风险应由违约方承担,而不应由电子商务服务提供者承担。因买卖双方的责任而产生的对社会第三人(包括广大消费者)的产品质量责任和其他经济(民事)、行政、刑事责任也概不应由网上交易中心承担。

(3) 认证机构在电子商务中的法律地位

电子商务认证服务机构扮演着一个买卖双方签约、履约的监督管理的角色,买卖双方有义务接受其监督管理。在整个电子商务交易过程中,认证机构有着不可替代的地位和作用。

① 认证机构的权利。电子商务法律关系中,认证机构的权利包括:收取服务费的权利,这是最基本的合同权利;要求证书所有者提交有关信息并保证这些信息的真实性权利;中止、废止或撤销证书的权利,即有权根据证书所有者的请求或根据情势中止、废止或撤销证书的

权利; 损失赔偿请求权, 即由于证书所有者的过失给自己造成损失的, 有权要求其赔偿损失。

② 认证机构的义务。在电子商务法律关系中, 认证机构的义务包括: 颁发电子签名认证证书的义务; 使用安全、可靠的信息系统保存证书及证书信息的义务, 即认证机构有义务将证书所有者的证书的私钥、有关个人身份方面的信息, 安全、妥善地保管起来, 以免这些信息丢失或被他人截获、盗用; 及时发布有关证书信息的义务, 即按照约定或法定的要求, 将那些必须发布的证书信息及时发布, 以便使潜在的信赖人可以及时查询; 及时中止、撤销、恢复证书的义务, 即按照证书所有者的请求或根据情势及时将因私匙丢失、遗忘等原因暂时不能使用的证书予以中止, 将因私钥被他人盗用或丢失而无法继续使用的证书予以撤销, 或将已经暂时中止的证书及时恢复使用的义务; 及时通知的义务; 损失赔偿义务。

1.2 电子商务立法概况

1.2.1 国际社会电子商务立法概况

电子商务的发展对各国以及国际组织的法律规范都产生了很大的冲击, 为此, 近年来, 世界上已有许多国家和国际组织, 对调整电子商务活动的法律规范的制定进行了有益的尝试。

1. 联合国的电子商务立法

(1) 联合国《电子商务示范法》

早在 1990 年, 联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 就做出具有划时代意义的《对利用电子方法拟定合同所涉及法律问题的初步研究》报告。该报告正式提出电子商务的概念, 并要求在今后有关电子商务的工作中将用“电子数据交换”替代以往的“自动数据处理”。

随着电子商务实践不断发展, 联合国国际贸易法委员会于 1996 年 6 月推出了《电子商务示范法》, 正式拉开全球电子商务立法的帷幕。《电子商务示范法》是迄今为止世界上第一个关于电子商务的法律。该示范法共十七条, 其中, 一至十五条为电子商务总则部分, 是《电子商务示范法》的核心。总则将纸面文件的基本功能抽取出来, 对电子商务交易中哪些条件可视为等同于书面文件签字效力的情况作了明确规定, 保证了交易双方通过电子手段传递信息、签订合同的合法性。十六、十七两条是电子商务在特定领域中的运用, 主要是货物运输方面的法律规定。

作为示范法, 该法的内容对各国不具有直接的法律效力, 只有各国在立法过程中将这些内容明确规定于法律法规中时才对各国当事人具有约束力。但它对于各国的电子商务立法具有很大的指导作用, 在电子商务法律领域具有不可忽视的重要意义。此外, 《电子商务示范法》中表述的“对数据电文不加歧视”等原则为各国相关立法都产生了很大的借鉴意义。

(2) 联合国《电子签字示范法》

《电子商务示范法》的出台, 加速了各国电子商务立法的进程。随着电子商务的大规模推广, 交易安全问题越来越突出。电子签字作为保障电子商务交易安全的重要手段, 受到国

际社会和各国政府的高度重视。2001年,联合国国际贸易法委员会择机通过《电子签字示范法》,这是联合国国际贸易法委员会继《电子商务示范法》之后,又一部专门针对电子商务制定的示范法。

相关链接

《电子签字示范法》共十二条,分别规定了电子签字的适用范围、定义、解释、经由协议的改动、符合签字要求、认证服务提供人的行为等内容。该法将电子商务活动中的数据签字(Digit Signature)、电子签名等具有相同内容的不同表述统一起来,提出了一套完整的法律制度,为电子签字在电子商务交易中的广泛应用奠定了坚实的法律基础。

(3)《电子通信公约》

各国在采纳示范法后,并不需要通知联合国或其他国家,也不需要任何形式的签字或承认形式。不过联合国国际贸易法委员会并不满足于这样的效果而是积极推进制定国际公约,以提高国际电子商务法律的确定性和可预见性水平,最终促成了2005年联合国大会通过了《电子通信公约》。虽然联合国在电子商务方面的立法朝着国际公约方向发展,但是,截止到2015年,《电子通信公约》只有19个国家签署,至今并没有成为具有拘束力的国际公约。

2. 世界贸易组织的电子商务立法

1986年开始的关贸总协定乌拉圭回合谈判最终制定了《服务贸易总协定》。《服务贸易总协定》的谈判产生了一个《电信业附录》。这一附录的制定开始了全球范围内电信市场的开放。WTO成立后,立即开展了信息技术的谈判,并先后达成了三大协议。

①《全球基础电信协议》,该协议于1997年2月15日达成,主要内容是要求各成员方向外国公司开放其电信市场并结束垄断行为。

②《信息技术协议(ITA)》,该协议于1997年3月26日达成,协议要求所有参加方自1997年7月1日起至2000年1月1日将主要的信息技术产品的关税降为零。

③《开放全球金融服务市场协议》,该协议于1997年12月31日达成,协议要求成员方对外开放银行、保险、证券和金融信息市场。

在WTO历史上,一年内制定三项重要协议是史无前例的,这三项协议为电子商务和信息技术的稳步有序发展确立了新的法律基础。WTO对于贸易领域的电子商务已提出了工作计划,特别针对服务贸易提出了重点解决的几个问题,如电子商务定义、司法管辖权、电子商务分类、协议签署等,至于其他如关税、个人隐私、安全保证、国民待遇、公共道德等问题也提出了讨论和研究。

1998年5月,WTO 132个成员国签署了《关于电子商务的宣言》,规定至少1年内免征互联网上所有贸易活动关税。1998年9月,WTO总务理事会通过了一个极具影响力的《电子商务工作方案》。1999年9月,通过了《数字签名统一规则草案》,就电子合同实施中的电子签名问题做了初步规定。2013年以来,随着电子商务的发展,现有的国际商务惯例已远远不能满足商业往来的需要,WTO正以大部分精力集中抓紧制定有关电子商务的交易规则,

以促进国际贸易的安全进行。

3. 地区性组织的电子商务立法

目前已经或正在制定电子商务法律政策的主要是经济合作与发展组织(OECD)、欧盟等地区性组织。

(1) OECD 的电子商务立法

OECD 在电子商务政策与立法方面起到先锋和模范作用。1992 年制定了《信息系统安全指导方针》;1997 年发表了《电子商务:税务政策框架条件》、《电子商务:政府的机遇与挑战》等报告;1998 年发表了《电子商务:因特网上提供的数字化产品的贸易政策问题》等报告。1998 年 10 月 7 日至 9 日,OECD 在加拿大渥太华召开题为“一个无国界的世界:发挥全球电子商务的潜力”的电子商务部长级会议,公布了《OECD 电子商务行动计划》、《有关国际组织和地区组织的报告:电子商务的活动和计划》、《工商界全球商务行动计划》,并通过了《在全球网络上保护个人隐私宣言》、《关于在电子商务条件下保护消费者的宣言》、《关于电子商务身份认证的宣言》以及《电子商务:税务政策框架条件》报告。1999 年 12 月 9 日,OECD 制定了《电子商务消费者保护准则》,提出了保护消费者的三大原则和保护消费者的七个目标,并于 2002 年和 2003 年公布了《经济合作与发展组织信息系统与网络安全准则》和《经济合作与发展组织在跨国界特别是因特网商务欺诈行为中保护消费者准则》等重要法律性文件。

(2) 欧盟的电子商务立法

在全球性电子商务的发展浪潮中,欧盟国家一直致力于在联盟内部促进电子商务的发展。法律是电子商务发展的重要的软环境,欧盟从 1997 年起颁布了一系列保障和促进联盟内部电子商务发展的重要法律文件。

欧盟委员会于 1997 年提出了《欧洲电子商务行动方案》,为规范欧盟电子商务活动制定了框架;1998 年又颁布《关于信息社会服务的透明度机制的指令》;1999 年 12 月 13 日通过了《关于建立有关电子签名共同法律框架的指令》(简称《电子签名指令》),于 2000 年 5 月 4 日又通过了《关于内部市场中与信息社会的服务,特别是与电子商务有关的若干法律问题的指令》(简称《电子商务指令》)。

《电子签名指令》和《电子商务指令》两部法律文件协调与规范了电子商务立法的基本内容,构成了欧盟国家电子商务立法的核心和基础。

经过艰难的谈判,欧盟在 2011 年 11 月 22 日公布了《消费者权益指令》(下文简称《指令》)。该《指令》重点突出了对互联网交易问题的关注,包括数字内容消费问题、经营者的告知义务问题和消费者的后悔权问题,有望解决互联网交易所带来的一系列难题,从而得以规范网络交易市场,并增加网络消费的信心。

相关链接

《电子签名指令》的目的在于促进电子签名的使用和法律承认,主要规范电子签名技术在欧盟成员国的适用,协调各成员国在规范电子签名技术方面所采用的不同方式,同时对消

费者在线商务活动使用电子签名提供保护。该指令对电子签名服务提供者规定了一系列义务,尤其明确规定了电子签名提供者确保其所签发证书内容的准确性的义务,为提供认证服务确立了基本的行为规范签名的规则上,也持技术中立的态度,并不强制要求采用特定的电子签名技术。《电子商务指令》更是全面规范了关于开放电子商务的市场、电子交易、电子商务服务提供者的责任等关键问题。该指令要求成员国保障信息社会服务在欧盟统一市场内的自由流通,不得要求从事信息社会服务的企业在建立和提供服务之前履行任何审批手续。但是,信息社会服务应当受服务提供者机构所在国法律的管辖,遵守有关国家的国内法律。指令要求成员国调整其国内立法以使电子合同合法化,不得因为合同采取了电子形式而剥夺其有效性和约束力。该法令还要求欧盟成员国在自2000年5月起的18个月内,将“电子商务指令”制定成为本国法律。欧盟的“指令”与一般的国家法不完全相同,它们具有地区性国际条约的性质。

从全球电子商务立法的角度看,欧盟的电子商务立法无论在立法思想上、立法内容上,还是立法技术上都是很先进的。目前,已经通过的有关电子商务的立法项目还包括:欧盟关于统一电子货币法律制度的两项指令、欧盟《关于民商事领域司法管辖及相互承认和执行裁决的条例》(简称《布鲁塞尔条例》)、《关于远程促销消费者金融服务的2002/65/EC指令》(简称远程金融服务指令);重新修订的关于控制双用途产品(加密技术产品)出口制度的条例、关于修订现行增值税制度的法律议案等。此外,欧盟委员会已着手研究“自律”与“合作管理”的规范性文件,目标是在广泛征询意见的基础上,为制定电子商务行为自律准则提供指导性的意见。欧盟还出台了用于解决跨国消费者合同争议的非诉讼争议解决机制(Alternative Dispute Resolution Mechanism, ADR)以及欧洲非诉讼争议解决网络(European Extra-Judicial Network, EEJ-NET)的运行模式等基本规范。

4. 世界主要国家的电子商务立法

(1) 美国

美国是电子商务的发源地。从全球范围看,美国的电子商务开展的时间最早,发展也最快。为了使电子商务在法律的保护和规范下健康发展,美国早在20世纪90年代中期就开始了有关电子商务的立法准备工作。美国的电子商务法立法,是以各州的立法行动为先导的。犹他州1995年颁布的《数字签名法》(Utah Digital Signature Act),是全世界范围的第一部全面确立电子商务运行规范的法律文件。迄今为止美国各州关于电子商务及其配套的法律文件有近百部之多。从法律文件的名称来看,美国大部分州级电子商务法律文件都直接以“电子签名法”或“数字签名法”冠名,因为在以因特网为运行平台的电子商务环境下,交易当事人的身份认证是其中最关键的环节,如果这一问题能够妥善解决,其他问题也就迎刃而解了。美国各州的电子商务立法,不仅名称多样化,而且其内容差别也非常大。有些州的立法内容比较详细,涉及电子商务的各个主要方面;而有些州的电子商务法却规定得非常原则,具有对电子商务的宣言性认可的性质。另外,从调整范围上讲,美国有些州的电子商务法只限于调整与州政府相关的诸如公司注册、税务申报等商务活动。

由于美国系联邦制国家,联邦和州两级均有立法权。虽然美国国会有权规范跨州的商贸

活动,但是传统上交易法的规则(尤其合同法)一直属于各州立法的范围。为了避免各州立法之间的冲突和矛盾过大,影响正常的商业活动,美国法研究所等联邦的政策咨询机构制定了一套交易法规则,作为协调各州合同法的“模范法”,推荐各州逐渐将这一套法律规则制定在本州的法律中。在这些“模范法”中,最成功的一部就是《统一商法典》(UCC)。该法的目的就是简化、澄清和修订美国调整商业交易的法律,通过习惯、惯例、协议来发展商业规范,以及促进各州法律之间的统一。美国各州都已经采用了《统一商法典》的内容,但又结合本州情况稍加修改。

在电子商务统一立法方面,美国联邦政府做出了积极的努力。1997年克林顿公布了《全球电子商务统一框架》这一表明联邦政府立场的重要文件。该文在谈到电子商务的政策时,提出了以下五项原则:① 私营企业应在电子商务的发展中起领导作用;② 政府应避免对电子商务的不当干预;③ 如果需要政府干预,其目的应当是以预定的最低限度主义来支持和推行与电子商务相协调的、简化的法律环境;④ 政府必须承认因特网的特殊性质;⑤ 应以全球为基础促进因特网电子商务。其具体做法也有以下几点:① 当事人有以认为合适于自己的方式调整相互之间的合同关系的自由;② 规范必须在技术上是中立的(既不要求使用某种技术,也不以某种技术的使用为假定前提),并且具有超前性(规范不能阻碍未来技术的发展);③ 只要支持电子技术应用所必需或非常需要的,就应修改现行的法律或颁布新的法律;④ 立法中既应考虑到高科技商事领域,也要考虑到没有上网的企业。

在税收法律方面,1996年下半年美国财政部颁布了有关《全球电子商务选择税收政策》白皮书,它支持电子和非电子交易间的“税收中性”目标。美国财政部认为:没有必要对国际税收原则做根本性的修改,但是要形成国际共识,以确保建立对电子商务发展至关重要的统一性、非歧视性税收,明确对电子商务的管辖权,以避免双重税。1997年7月1日美国总统克林顿发布了《全球电子商务纲要》,号召各国政府尽可能地鼓励和发展互联网商业应用,建议将互联网宣布为免税区,凡无形商品(如电子出版物、软件、网上服务等)经由网络进行交易的,无论跨国交易或在美国内部进行的跨州交易,均应一律免税;对有形商品的网上交易,其赋税应按照现行规定办理。1998年5月14日,几经修改的互联网免税法案在美国参议院商业委员会以41票对0票的优势通过,为美国本土企业铺平自由化的发展道路。

(2) 英国

在欧盟诸国中,英国对电子商务的立法速度要快于其他大多数国家。英国电子商务迅速发展离不开政府的政策支持。从1996年到1999年,英国先后共提出了五份关于电子商务的立法动议。2000年,英国政府颁布的《电子通信法案》生效,该法案综合性强,内容广泛,就加密服务提供商、便利化的电子商务和数据存储、电子执照、法律修改、主管机关等方面提供了法律保障,规定了自愿的许可登记制、电子签名的有效性、电子签名的证据力、取消其他法律中对以电子媒介替代纸张的限制等内容。其后,英国又推出了《2002年电子商务(欧盟指令)条例》和《2002年电子签名(欧盟指令)条例》。这两个条例的共同特点是没有遵循《2002年电子通信法》的原则,而基本采纳了欧盟指令的思路。

（3）新加坡

在亚太国家中，新加坡的电子商务发展速度是比较快的。自联合国贸易法委员会于1996年颁布《电子商务示范法》之后，新加坡即开始了相关的立法研究与立法起草工作。

为了推动本国电子商务的发展，1998年新加坡颁布了有关电子商务的综合性法律文件《电子商务法》。该法主要涉及与电子商务有关的三个核心法律问题，即电子签名问题、电子合同的效力和网络服务提供者的责任。其中，有关电子签名的法律规定占据了大量的篇幅，是该法最核心的内容。

该部法律颁布早于欧盟的《电子商务指令》及美国的《统一计算机信息交易法》和《电子签名法》，而且在内容和体例上具有独到之处，因此不仅在亚洲—太平洋地区，而且在世界范围内都产生了较大的影响。

（4）韩国

韩国的《电子商务基本法》于1997年7月正式生效。该法共分为总则、电子通信信息、电子商务安全、电子商务的促进、消费者保护和附则六章，内容较为全面。1999年颁布并于2002年修订了《电子商务框架条例》，该条例的主旨是通过澄清法律的利害关系、保证电子交易的安全与可靠来促进全国的经济的发展，并建立便利电子交易的框架，规定了电子信息、电子商务的安全、电子商务用户的保护、电子商务政策制定系统、电子商务促进措施和电子商务仲裁委员会等。1999年制定并于2001年修订了《电子签名法》。该法令旨在通过提供电子签名的基本规则促进信息社会和提升人民生活的方便性，目的是确保电子信息的安全可靠，使其使用更加便利。该法令规定了公共认证权威机构、公共认证、保证认证服务的安全可靠、电子签名认证的政策制定等。2002年制定了《电子商务用户保护法》，其目的是通过保证电子贸易和直销方式的货物贸易、服务贸易的公平来保护用户权利，提高市场的可靠性，发展全国经济。该法令规定了电子贸易和直销、用户权利的保护、检查和监督、实行纠正和惩罚等。2003年公布了《电子商务用户保护指南》，其依据是《电子商务用户保护法》第二十三条，通过规定和例示相关法律法规，保护用户的基本权利和利益，并促使交易双方自觉自愿地去遵守电子贸易和直接贸易的规章。该指南分为基本内容和建议两部分。基本内容包括相关规定的标准，该标准用来判断哪些属于违规行为。建议部分提供了用户在交易中出现不利于自身的情形下如何进行补救的措施。

5. 各国电子商务立法的特点

信息技术革命所引起的电子商务立法在一定程度上与以往传统的立法形式有所不同。其特点主要表现在以下几点。

（1）立法的速度快

电子商务立法仅仅在几年内就席卷了全世界。从1995年俄罗斯的《联邦信息法》、美国犹他州的《数字签名法》开始，在短短十几年间，已有几十个国家和地区以及国际组织制定了相关的电子商务法。无论美国、德国等发达国家，还是马来西亚等发展中国家，对此反应都极为迅速。尤其联合国贸易法委员会，更起到了先锋与表率的作用，及时引导了世界各国的电子商务认证立法。电子商务立法出现高效、快速的现状是和电子商务的发展速度快、电子技术的不断升级以及难于预测的未来风险等特点密切相关。

(2) 立法的范围广, 学科跨度大

电子商务的产生和发展对很多传统学科都带来了巨大的冲击, 电子商务的关键性问题, 涉及包括法学部门在内的多学科领域。互联网给人们开辟了一个新的天地, 也改变着传统的交易方式, 其实质是把某一层次的技术全面地应用到社会生产和生活的各个层面, 由此使得立法的范围、立法的模式发生了巨大的变化。因此, 电子商务立法在总体框架上涉及部门法的各个领域以及相关学科。

(3) 立法的实践性与兼容性

电子商务的快速发展对各国法律都提出了严峻的挑战, 传统法律对电子商务相关问题的调整不力使法律的适用处于尴尬境地, 使民商事法律关系呈现模糊和不确定状态, 进而直接影响了经济的发展和社会的稳定。这种状态迫使各国在制定电子商务相关法律规范时侧重于法律的适用性、衔接性和实践性。

而电子商务的全球性特征又加速了电子商务全球规则的问世。在电子商务高速发展并逐步打破国界的大趋势下, 各国在进行电子商务立法时, 兼容性是首要考虑的指标之一。并且, 也正是这种兼容性的要求造就了电子商务立法中先有国际条约后有国内立法的奇特现象。联合国国际贸易法委员会在其《电子签名统一规则指南》中就曾指出: “电子商务内在的国际性要求建立统一的法律体系, 而目前各国分别立法的现状可能会产生阻碍其发展的危险。”

(4) 立法进程的不平衡性

电子商务在各国的发展显现出明显的不平衡性。目前, 已形成以美国为首, 欧洲和亚洲国家为主的国际电子商务格局, 使得非洲、拉丁美洲地区处于落后的地位, 由此导致各国电子商务立法的发展速度的不平衡。

(5) 促进性

各国电子商务法律的制定及时有力地推动了各国电子商务、信息化和相关产业的发展。2000年前后席卷全球的电子商务狂潮在很大程度上要归功于两个法律文件, 一个是联合国国际贸易法委员会的《电子商务示范法》, 它奠定了全球电子商务开展的根基, 另一个就是美国1997年的《全球电子商务纲要》, 直接涉及了电子商务安全性、隐私保护、关税、电子支付、基础设施、知识产权保护等发展电子商务的关键性问题, 为美国电子商务的发展创造了良好的政策法律环境。在亚洲, 马来西亚是最早进行电子商务立法的国家, 该国早在20世纪90年代中期, 就提出了建设“信息走廊”的计划, 该计划与其在1997年颁布的《数字签名法》呼应, 极大地促进了其信息产业和相关产业的发展。作为信息产业界后来居上的印度, 也不失时机地在1998年推出《电子商务支持法》, 并在2000年提出其针对电子商务的免税方案, 促进了其信息产业和相关产业的持续增长。

总之, 电子商务是未来世界经济发展的潮流, 在不断完善电子商务立法的同时, 如何实施和运用电子商务法已经成为国际社会的当务之急。

1.2.2 我国电子商务的法制建设

我国紧跟世界电子商务立法的步伐, 自联合国国际贸易法委员会在1996年6月推出了《电子商务示范法》后, 我国于1999年在《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)

中加入了“数据电文”条款,为电子商务活动奠定了法律基础。随着我国电子商务实践的发展,2004年我国择机出台了《中华人民共和国电子签名法》(以下简称《电子签名法》),该法为我国第一部真正意义上的电子商务法,于2005年4月1日开始实行。自此,我国加快了电子商务立法的步伐,先后出台了诸多加强电子商务发展的政策性和规范电子商务应用的管理办法。2013年年底,全国人大财经委召开电子商务法起草组成立暨第一次全体会议,首次划定中国电子商务立法的“时间表”,从起草组成立至2014年12月期间,进行专题调研和课题研究并完成研究报告,形成立法大纲。2015年1月至2016年6月期间,开展并完成法律草案起草。标志着中国电子商务法立法工作正式启动,同时也意味着2014年成为中国电子商务立法“元年”。

相关案例

2013年两会期间,苏宁董事长张近东、步步高董事长王填提出的对电商征税的提案、呼吁,将电商是否应该纳税的问题推向舆论的风口浪尖。接下来,美国国会参议院通过的《2013市场公平法案》要求企业通过互联网、邮寄产品目录、电台和电视销售商品时,必须向购买者所在地政府交纳销售税,这反过来也让国内看到了对电商征税的可行性。

中国电商交易发展迅猛,近十年来中国电子商务零售交易年均增速高于40%。2012年我国电商交易额突破8万亿元,同比增长31.7%。据统计,我国电子商务年交易量的90%是以C2C的形式从事B2C的交易,大量交易游离于现有的法律监管之外。

2013年两会分组讨论期间,来自安徽的从事实体零售的全国人大代表提出:“一些线下经营的实体通过将交易转移到线上,或者虚假分配计算线上线下的交易金额,从而达到偷逃税款的目的。”

2013年4月,国家税务总局实行《网络发票管理办法》(国家税务总局令第30号)为电商征税提供了法律技术上的支持。随后,财政部等13个部门联合发布《关于进一步促进电子商务健康发展有关工作的通知》(发改办高技[2013]894号),明确将继续加强电子商务企业的税收管理制度研究。虽然我国尚未建立专门的电子商务税收法律制度,有关征税的对象、税率等问题也未明确,但相关部门早在10年前就已经开始对电商征税进行调研。

1. 加强电子商务发展政策性文件

我国目前尚未出台电子商务基本法,上位法缺失,为此,国家的相关政策成为推动电子商务迅猛的动力。

(1) 《国务院办公厅关于加快电子商务发展的若干意见》

2005年1月8日,国务院颁布了《国务院办公厅关于加快电子商务发展的若干意见》,该《意见》提出应充分认识电子商务对国民经济和社会发展的作用;以走中国特色的电子商务发展道路的指导思想和政府推动与企业主导相结合、营造环境与推广应用相结合、网络经济与实体经济相结合、重点推进与协调发展相结合、加快发展与加强管理相结合等发展电子商务的基本原则;完善政策法规环境,规范电子商务发展;加快信用、认证、标准、支付和现代物流建设,形成有利于电子商务发展的支撑体系;发挥企业的主体作用,大力推进

电子商务应用;提升电子商务技术和服务水平,推动相关产业发展;加强宣传教育工作,提高企业和公民的电子商务应用意识;加强交流合作,参与国际竞争等内容。发展电子商务是党中央、国务院做出的完善社会主义市场经济体制、加速国民经济和社会信息化进程、提高国民经济运行质量和效率的战略决策,各地区、各部门要充分认识发展电子商务的重要性和紧迫性,积极发挥职能作用,密切协同配合,制定并不断完善加快电子商务发展的具体政策措施,推进我国电子商务健康发展。

(2)《2006—2020 年国家信息化发展战略》

2006 年 5 月中共中央办公厅和国务院办公厅印发了《2006—2020 年国家信息化发展战略》。该战略在电子商务行动计划部分着重提出:营造环境、完善政策,发挥企业主体作用,大力推进电子商务。以企业信息化为基础,以大型重点企业为龙头,通过供应链、客户关系管理等,引导中小企业积极参与,形成完整的电子商务价值链。加快信用、认证、标准、支付和现代物流建设,完善结算清算信息系统,注重与国际接轨,探索多层次、多元化的电子商务发展方式。

(3)《电子商务发展“十二五”规划》

2012 年工业和信息化部制定了《电子商务发展“十二五”规划》,将“积极发展电子商务”作为一项重要的任务提出来。强调“到 2015 年,电子商务进一步普及深化,对国民经济和社会发展的贡献显著提高。电子商务在现代服务业中的比重明显上升。电子商务制度体系基本健全,初步形成安全可信、规范有序的网络商务环境。”

该规划共分为发展现状与面临的形势、指导思想、基本原则与发展目标、重点任务、政策措施等四大部分。从整体看,该规划是落实《2006—2020 年国家信息化发展战略》、《国民经济和社会发展的第十二个五年规划纲要》和《国务院办公厅关于加快电子商务发展的若干意见》的重要举措,是“十二五”时期进一步推动电子商务发展的指导性文件。该规划在关于加强电子商务法律法规和标准规范建设方面,强调“在贯彻执行现行法律法规的基础上,继续推动电子商务相关法律法规建设,研究确定电子商务立法的整体思路、调整范围和规范方式。根据需求开展相关法律法规的修订工作。加强法律解释工作,增强现行法律法规在电子商务领域的适用性和操作性。针对网络促销、电子合同和代收货款等问题,加快研究相应的行政规章和法律法规。面向电子商务不同业务形态发展的实际需求,加快电子商务服务规范和技术标准的修订和推广应用。着力提高电子商务服务的规范性,促进电子商务服务企业切实履行法定义务和责任,完善交易主体身份认定机制,提高电子商务信息发布、信用服务、网上交易、电子支付、物流配送、售后服务、纠纷处理等服务的规范水平”。

(4)《国务院关于大力发展电子商务加快培育经济新动力的意见》

2015 年 5 月,国务院印发《关于大力发展电子商务加快培育经济新动力的意见》,部署进一步促进电子商务创新发展。该《意见》从营造宽松发展环境、促进就业创业、推动转型升级、完善物流基础设施、提升对外开放水平等八个方面、29 条意见;对农业、工业、服务业三大产业未来的发展方向均进行了前瞻性引导,且指明了利用电子商务转型升级的方向,并提出,到 2020 年,统一开放、竞争有序、诚信守法、安全可靠的电子商务大市场基本建成。

2. 有关电子商务的法律

在国家立法方面,关于电子商务的内容较少,迄今为止只有《合同法》、《电子签名法》及《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》。

(1) 《合同法》

1999年的《合同法》增加了“数据电文”的规定,即《合同法》第十六条第二款规定:“采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。”

(2) 《电子签名法》

2004年8月28日第十届全国人大常委会第十一次会议通过了《中华人民共和国电子签名法》,并于2005年4月1日开始实施。《电子签名法》首次赋予可靠电子签名与手写签名或盖章具有同等的法律效力,并明确了电子认证服务的市场准入制度。这部历时3年多才面世的《电子签名法》,全文约4500字,共五章三十六条,分为总则、数据电文、电子签名与认证、法律责任和附则。它是我国第一部真正意义的电子商务法,是我国电子商务发展的里程碑,它的颁布和实施必将极大地改善我国电子商务的法制环境,促进安全可信的电子交易环境的建立,从而大力推动我国电子商务的发展。

(3) 《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》

我国全国人大常委会于2000年通过的《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》,对于危害互联网的运行安全、威胁国家和社会稳定、破坏社会主义市场经济秩序和社会管理秩序,以及侵害个人、法人和其他组织的人身、财产等合法权益等犯罪行为以严厉打击。成为促进我国互联网的健康发展,维护国家和社会公共利益,保护个人、法人和其他组织的合法权益的法律武器,为电子商务的顺利实施奠定了法律基础。

(4) 《中华人民共和国网络安全法(草案)》

2015年6月,第十二届全国人大常委会第十五次会议初次审议了《中华人民共和国网络安全法(草案)》。2015年网络安全法草案7月6日起在中国人大网上全文公布,并向社会公开征求意见。该法草案包含总则,网络安全战略、规划与促进,网络运行安全,网络信息安全,监测预警与应急处置,法律责任和附则等七章内容。《网络安全法》(草案)的出台,是中国在迈向网络强国道路上至关重要的阶段性成果,意味着建设网络强国,维护和保障中国国家网络安全的战略任务,正在转化为一种可执行、可操作的制度性安排。

3. 规范电子商务应用的管理办法

与加强电子商务发展政策性文件和国家立法比较而言,各部门出台了诸多的规范性法律文件和管理办法。

(1) 有关网上交易的

2007年3月6日商务部发布的《关于网上交易的指导意见(暂行)》。该《指导意见》出台的背景是:随着互联网应用不断普及,我国网上交易发展迅速。但网上交易存在风险和问题,如政策法制环境有待完善、交易参与者防范风险意识不强、网上支付存在安全隐患、交

易方个人隐私与商业机密易受侵犯、地区与企业间发展水平不平衡等。为此,《指导意见》包括以下几方面内容:明确网上交易参与方的主体资格要求;对网上交易服务提供者进行解释说明;明确网上交易的基本原则;指导网上交易参与方;对网上交易的健康发展提出促进措施等内容。

为进一步贯彻落实《国务院关于促进流通业发展的若干意见》(国发[2005]19号)和《国务院办公厅关于加快电子商务发展的若干意见》,结合我国电子商务发展的新情况,商务部于2007年12月13日颁布《关于促进电子商务规范发展的意见》,该《意见》提出充分认识促进电子商务规范发展的重要意义;规范电子商务信息传播行为,优化网上交易环境;规范电子商务交易行为,促进网络市场和谐有序;规范电子支付行为,保障资金流动安全;规范电子商务商品配送行为,健全物流支撑体系;促进电子商务规范发展的保障措施;加强组织领导等意见。

我国虽然在电子商务领域具有相关的技术规范,但针对电子商务的模式规范尚处于空白状态。因此,制定电子商务模式规范,具有非常积极的社会效益。为此,2008年4月28日商务部发布了《电子商务模式规范(征求意见稿)》。该规范适用于发生在互联网中企业之间、企业和消费者之间、消费者之间、政府和企业之间等的电子商务模式。该规范界定了电子商务术语和定义及基本原则,并对网上商厦(B2C-I)、网上商店(B2C-II)、网上交易市场(B2B-I)、网上交易(B2B-II)、网上交易市场(C2C)、政府采购(G2B)等交易形式加以严格界定。

第三方电子商务交易平台服务规范的目的是倡导诚信规范的经营服务理念,完善电子商务发展环境,促进电子商务健康发展。2011年4月12日,商务部与北京市共同主办“诚信经营、规范服务——2011第三方电子商务交易平台高峰论坛”,发布《第三方电子商务交易平台服务规范》。该《规范》主要为了规范第三方电子商务交易平台的经营活动,保护企业和消费者合法权益,营造公平、诚信的交易环境,保障交易安全,促进电子商务的快速发展,依据中华人民共和国有关法律法规和相关政策文件而制定。主要内容涵盖了范围、规范性引用文件、术语和定义、基本原则、第三方交易平台的设立与基本行为规范、平台经营者对站内经营者的管理与引导、平台经营者对消费者的合理保护、平台经营者与相关服务提供者的协调、监督管理等内容。

此外,还有商务部2014年出台的《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》、国家工商总局2014年出台的《网络交易平台经营者履行社会责任指引》、《网络交易管理办法》等法律法规。

(2) 有关电子认证的

2005年工业和信息化部颁发的与《电子签名法》相配套的《电子认证服务管理办法》(根据2015年4月29日中华人民共和国工业和信息化部令第29号公布的《工业和信息化部关于修改部分规章的决定》修订),该《办法》以电子认证服务机构为主线,重点围绕电子认证机构的设立、电子认证服务行为的规范、对电子认证服务提供者实施监督管理等内容做出明确的具体规定。主要包括电子认证服务许可证的发放和管理、电子认证服务行为规范、暂停或者终止电子认证服务的处置、电子签名认证证书的格式和安全保障监督以及对违法行为的

处罚等内容。

2005年3月31日,国家密码管理局颁布了《电子认证服务密码管理办法》(该办法经国家密码管理局修订后自2009年12月1日起施行)。该办法共十四条,主要规定了面向社会公众提供电子认证服务应使用商用密码,明确了电子认证服务提供者申请“国家密码管理机构同意使用密码的证明文件”的条件和程序,同时也对电子认证服务系统的运行和技术改造等做出了相应规定。

(3) 有关电子支付的

20世纪90年代以来,随着国际上电子银行的兴起,我国商业银行的电子银行业务迅速发展。为规范商业银行利用互联网开展银行业务,2001年6月,中国人民银行制定颁布了《网上银行业务管理暂行办法》(中国人民银行令[2001]第6号,以下简称《暂行办法》)。《暂行办法》的颁布对于加强商业银行网上银行业务的管理起到了积极的作用。但是,随着商业银行电子银行业务的不断发展,《暂行办法》已经不能适应电子银行风险监管的要求。为此,2007年1月5日中国人民银行公告该法规废止。

2005年10月26日,中国人民银行发布了《电子支付指引(第一号)》,意在规范电子支付业务、规范支付风险、保证资金安全、维护银行及其客户在电子支付活动中的合法权益,促进电子支付业务健康发展。该指引对电子支付业务的申请、电子支付指令的发起和接收、安全控制、差错与责任做了详细规定。同时,为了促进支付服务市场健康发展,规范支付清算行为,提高清算效率,防范清算风险,维护金融稳定,中国人民银行制定了《支付清算组织管理办法(征求意见稿)》,内容涉及设立与变更业务、管理风险监督、接管与终止等。

为加强电子银行业务的风险管理,保障客户及银行的合法权益,促进电子银行业务的健康有序发展,中国银监会颁布了自2006年3月1日开始实施的《电子银行业务管理办法》,该《办法》共九章九十九条。其中:①总则部分明确界定了电子银行的概念和范围,将电话银行、网上银行、手机银行等统一到电子银行的监管范畴之中,并规定了《办法》的适用范围及开展电子银行业务的基本原则;②电子银行业务申请与变更部分,规定了金融机构申请开办电子银行业务,或者变更电子银行业务品种的条件、要求和审批程序;③电子银行业务风险管理部分,规定了电子银行战略风险、信誉风险、运营风险、法律风险、信用风险、市场风险等风险管理的基本原则和方法,明确了电子银行风险管理体系和内控制度建设、授权管理机制等要求;④数据交换转移管理部分,规定了电子银行数据转移的条件和管理方式;⑤业务外包管理部分,规定了电子银行业务外包和选择外包方的基本要求,以及对业务外包风险的管理原则;⑥跨境业务活动管理部分,界定了跨境业务活动的范围,明确了开展跨境业务活动的要求;⑦电子银行业务的监督检查,规定了电子银行业务日常监管的基本要求;另外还规定了相应的法律责任。

为加强电子银行业务的安全与风险管理,保证电子银行安全评估的客观性、及时性、全面性和有效性,2006年1月26日中国银监会又颁布了《电子银行安全评估指引》,该《指引》共有五章五十七条。第一章总则,界定了电子银行安全评估的含义,以及电子银行安全评估管理的基本原则。第二章安全评估机构,说明了可以从事电子银行安全评估的机构种类、条件,以及有关资质认定的规定。第三章安全评估的实施,说明了电子银行安全评估应遵守的

基本流程、评估内容和评估方式。第四章安全评估活动的管理,说明了涉及电子银行安全评估的各类相关机构,在电子银行安全评估过程中应遵守的要求。第五章附则,对《指引》的其他相关问题进行了解释说明。

近年来,随着我国电子商务、网络经济的快速发展,金融业务与先进技术、支付渠道与支付工具紧密结合,衍生了非金融机构支付服务业务。在第三方支付业务除包括专为网络交易平台及网络交易服务平台提供支付服务之外,还包括了如水电费、宽带、移动手机代缴服务等众多公共事业缴费领域、房产交易领域等。而随着合作领域的不断拓宽,通过第三方支付来进行信用卡套现、洗钱、参与境外赌博等违法犯罪活动也开始频繁出现。为促进我国非金融机构支付服务市场的健康规范发展,2010年6月,中国人民银行公布了《非金融机构支付服务管理办法》(以下简称《办法》),并陆续制定了一系列相关实施细则和具体规定,对规范非金融机构支付服务行为、防范支付风险、保护当事人的合法权益发挥了重要作用。

2015年,中国人民银行发布了《非银行支付机构网络支付业务管理办法(征求意见稿)》,向社会公开征求意见。该规定规范个人使用支付账户“余额”付款的交易,而且,采用包括数字证书或电子签名在内的两类(含)以上要素进行验证的交易,单日累计限额由支付机构与客户通过协议自主约定。此外,客户使用银行账户付款的交易(包括“商业银行网关支付”“银行卡快捷支付”等模式)不受该限制。



相关案例

2015年8月27日,中国人民银行宣布8月24日依法注销浙江易士企业管理服务有限公司《支付业务许可证》。这是全国首例《支付业务许可证》注销事件。中国人民银行有关负责人表示,对于擅自挪用客户备付金、肆意损害消费者权益和破坏支付市场秩序、存在重大支付风险隐患或严重违法违规行为的机构,人民银行将“零容忍”,对相关单位和责任人依法处理,绝不姑息。

浙江易士企业管理服务有限公司成立于2007年10月,于2011年12月获得《支付业务许可证》,获准在浙江省开展多用途预付卡发行和受理业务。

中国人民银行在行政执法中,发现该公司存在大量挪用客户备付金、伪造变造交易和财务资料、超范围经营支付业务等重大违规行为,严重扰乱了市场秩序,损害了消费者合法权益,性质恶劣、情节严重。根据《中国人民银行法》、《非金融机构支付服务管理办法》,中国人民银行依法注销该公司《支付业务许可证》,并向公安部门移交其涉嫌犯罪的证据及相关资料。

中国人民银行有关负责人强调,支付机构经营必须坚持依法合规,不能触碰监管红线。保障客户备付金安全是人民银行对支付机构实施监管的重中之重,不得挪用客户备付金是各类非银行支付机构经营的一条红线。

(4) 有关网上信息传播的知识产权保护的

我国对网络环境下的著作权保护经历了一个发展过程。2000年11月22日,最高人民法院出台了《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》,该解释第二条第二款进一步明确规定“著作权法第十条对著作权各项权利的规定均适用于

数字化的著作权。2001年10月27日,第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了《中华人民共和国著作权法》修正案,修订后的《著作权法》及时对网络环境下的著作权以及与著作权有关权利的保护做出反应,将信息网络传播权正式写入法律中。2006年7月1日起施行《信息网络传播权保护条例》,进一步完善、健全了对信息网络传播权的保护制度。

《信息网络传播权保护条例》是为保护著作权人、表演者、录音录像制作者(以下统称权利人)的信息网络传播权,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播而制定的。条例共二十七条,对信息网络传播权的权利保护、权利限制、网络服务提供者责任免除,以及对侵犯信息网络传播权的侵权行为及其他违反本条例规定,破坏信息网络传播权保护的行为,条例规定了相应的民事责任、行政责任和刑事责任。此外,条例在制定过程中一度也被称为“信息网络传播权保护规定”,为了不影响公众对其效力的认识,把它等同于一般规范性文件,条例最终采用了现在的名称。

2014年4月22日,国家版权局公布了《关于规范网络转载版权秩序的通知》(以下简称“《通知》”)。《通知》对网络媒体转载不适用法定许可首次进行了明确,对网络媒体的发展以及网络媒体与传统媒体的关系可能产生重大影响。

(5) 中国互联网络信息中心出台的

中国互联网络信息中心也出台了诸多有关电子商务网络平台建立与运行的若干规定,主要有《中国互联网络信息中心域名争议解决程序规则》、《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》、《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》、《中国互联网络域名管理办法》和《互联网信息服务管理办法》等。

1.3 电子商务法体系说明

对于电子商务法学的主要内容及体系,学术界认识极不统一。有学者认为,电子商务法律制度应分为基本法律制度和相关法律制度。有学者认为可分为实体法律制度和程式法律制度,即把规范商务活动内容的法律规范称为实体商法,而把规范商务活动方式的法律规范称为程式商法。本教材根据电子商务由电子技术和商务活动组成,侧重于商务这一特性,将其分为电子商务主体法律制度和电子商务行为法律制度两大部分来研究。

本教材结构大致如下。

第一部分,电子商务及电子商务法概述。该部分主要介绍电子商务及电子商务法的基础知识,在了解电子商务的基本知识的基础上,掌握电子商务法的概念及调整对象,电子商务法的性质、法律关系等基本问题,并对国内外电子商务的立法现状进行介绍,为后续学习奠定基础。本部分包括第1章。

第二部分,电子商务主体法律制度。电子商务主体是指电子商务交易参与方,包括电子商务交易的交易方和电子商务交易服务提供者。为此,本部分主要介绍电子商务交易平台建立、运行法律制度和电子商务交易主体的确认的法律制度。本部分包括第2章。

第三部分,电子商务行为法律制度。可分成两部分,即交易方式行为法律制度和交易内

容行为法律制度。电子商务交易方式行为主要包括电子签名和电子认证法律制度的主要内容。在电子商务交易内容行为法律制度中,主要探讨电子支付等法律问题。本部分包括第3章和第4章。

第四部分,电子商务安全保障及在线争议解决法律制度。目前企业发展电子商务的最大顾虑是安全性问题,信息的安全性是当前发展电子商务最迫切需要解决的问题之一。研究和分析电子商务的安全性问题,特别是针对企业自身情况,充分借鉴以往电子商务系统开发的先进技术和经验,开发出符合企业特殊性的电子商务系统,已经成为目前发展电子商务的关键。本部分包括第5章。

第五部分,其他电子商务相关法律制度。这些制度不是电子商务法的组成部分,许多内容也没有现成法律法规作为参照,如网络隐私权保护法律制度、信息网络传播权保护法律制度等。这部分内容对学生的法律基础知识要求较高,学生之前至少要学过《经济法概论》。本部分包括第6章。



案例与思考

2011年11月15日,原告奇虎公司向广东省高级人民法院提起本案诉讼称:一、腾讯公司和腾讯计算机公司在即时通信软件及服务相关市场具有市场支配地位。本案相关地域市场为中国大陆地区的即时通信软件及服务市场。腾讯公司和腾讯计算机公司的市场份额达76.2%,QQ软件的渗透率高达97%。由此可以推定腾讯公司和腾讯计算机公司具有市场支配地位。腾讯公司和腾讯计算机公司具有强大的财力和技术条件,可以有效提高价格,阻碍竞争对手的进入、发展与壮大,排除相关市场内的竞争。由于腾讯公司和腾讯计算机公司用户群庞大,其他潜在竞争者难以进入相关市场,即便进入也难以形成有效竞争。二、腾讯公司和腾讯计算机公司滥用市场支配地位,排除、妨碍竞争,违反了《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)的规定。2010年11月3日,腾讯公司和腾讯计算机公司发布“致广大QQ用户的一封信”,明示禁止其用户使用奇虎公司的360软件,否则停止QQ软件服务;拒绝向安装有360软件的用户提供相关的软件服务,强制用户删除360软件;采取技术手段,阻止安装了360浏览器的用户访问QQ空间,在此期间大量用户删除了奇虎公司的相关软件。腾讯公司和腾讯计算机公司的上述行为构成限制交易。腾讯公司和腾讯计算机公司将QQ软件管家与即时通信软件相捆绑,以升级QQ软件管家的名义安装QQ医生,构成捆绑销售。三、腾讯公司和腾讯计算机公司应对其垄断民事侵权行为承担相应法律责任。腾讯公司和腾讯计算机公司共同实施滥用市场支配地位的行为,导致奇虎公司受到损害,应当承担连带责任。综上,请求判令:1. 腾讯公司和腾讯计算机公司立即停止滥用市场支配地位的垄断行为,包括但不限于限定QQ软件用户不得与奇虎公司交易、在QQ软件中捆绑搭售安全软件产品等行为;2. 腾讯公司和腾讯计算机公司连带赔偿奇虎公司经济损失1.5亿元;3. 腾讯公司和腾讯计算机公司向奇虎公司赔礼道歉,具体形式包括腾讯公司和腾讯计算机公司在其网站QQ.com连续十日刊登经奇虎公司认可的道歉声明,以及在《人民日报》、《电脑报》等平面媒体连续三日刊登经奇虎公司认可的道歉声明;4. 腾讯公司和腾讯计算机公司承担奇虎公司为维权而支付的合理开支,包括调查费、公证费、律师费等共计100万元;5. 腾讯公司和腾

讯计算机公司承担本案所有诉讼费用。

综上所述,由于奇虎公司对本案相关商品市场界定错误,其所提供的证据不足以证明腾讯公司和腾讯计算机公司在相关商品市场上具有垄断地位,故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定,广东省高级人民法院判决:驳回奇虎公司的全部诉讼请求。一审案件受理费,由奇虎公司负担。

奇虎公司不服一审判决,向最高人民法院提起上诉称:一审法院认定事实不清,适用法律错误,程序违法,请求撤销一审判决,将本案发回重审或者改判支持其诉讼请求;判令本案一、二审诉讼费均由腾讯公司和腾讯计算机公司承担。

2014年10月8日最高人民法院认为,一审判决认定事实基本属实,适用法律正确,裁判结果适当。上诉人的上诉理由虽部分成立,但不足以影响本案裁判结果。依照《中华人民共和国反垄断法》第十七条、第十八条、第十九条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项之规定,判决如下:驳回上诉,维持原判。

- 思考: 1. 在电子商务中,对于约束企业自律、规范行业竞争具有怎样的法律意义?
2. 电子商务法律如何保护用户的知情权与选择权?

自测题

一、单选题

1. 电子商务法的调整对象是()。
 - A. 商家与消费者之间的服务关系
 - B. 电子商务交易活动中发生的各种社会关系
 - C. 实体社会中的各种商事活动的法律规范
 - D. 企业与员工之间的劳务关系
2. 参加电子商务交易的各方可以自行选择交易的方式和内容,这符合电子商务法的()。
 - A. 意思自治原则
 - B. 中立原则
 - C. 功能等同原则
 - D. 安全原则
3. 世界范围内第一部全面确立电子商务运行的法律文件是()。
 - A. 联合国《电子商务示范法》
 - B. 美国《数字签名法》
 - C. 美国《统一计算机信息交易法》
 - D. 马来西亚《电子签名法》
4. 消费者与消费者之间的电子商务,即()电子商务。
 - A. B2C
 - B. B2B
 - C. G2G
 - D. C2C
5. 功能等同原则是指()。
 - A. 在本国电子商务活动与国际性电子商务活动的法律待遇上,应一视同仁
 - B. 电子商务对传统口令法和非对称公开密钥法等认证方法,不可厚此薄彼
 - C. 商业交易的公平理念
 - D. 一种将数据电文的效力与纸面形式的功能进行类比的方法

二、多选题

1. 电子商务法的基本框架应当由《电子商务法》与配套的法律规范构成, 配套法律规范大致包括 ()。

- A. 电子商务经营法律规范
- B. 电子支付法律规范
- C. 电子签名法律规范
- D. 安全认证法律规范

2. 电子商务法的立法原则中的中立原则包括 ()。

- A. 技术中立
- B. 媒介中立
- C. 内容中立
- D. 实施中立

3. 电子商务法的调整对象包括 ()。

- A. 技术范围
- B. 商务范围
- C. 法律范围
- D. 业务范围

4. 电子商务法的基本原则是 ()。

- A. 意思自治原则
- B. 中立原则
- C. 功能等同原则
- D. 安全原则

5. 电子商务法律关系的构成要素有 ()。

- A. 电子商务法律关系主体
- B. 电子商务法律关系客体
- C. 电子商务法律关系内容
- D. 电子商务法律关系对象

三、判断题

1. 电子商务法的基本目标就是在电子商务活动中建立公平的交易规则。()

2. 电子商务法律关系客体是指电子商务的各方参与者, 即享有权利、承担义务的当事人。()

3. 1999 年的《中华人民共和国合同法》增加了“数据电文”的规定。()

4. 电子商务法律关系的主体是指电子商务的各方参与者, 即享有权利、承担义务的当事人。()

5. 2001 年 10 月 26 日, 中国人民银行发布了《电子支付指引 (第一号)》。()

四、简答题

1. 简述电子商务法的基本原则。
2. 简述电子商务法的调整对象范围。
3. 电子商务法律关系主体有哪些?

实训题

实训一 登录当当网, 了解 B2C 型网上商城

操作步骤如下:

- (1) 打开 IE 浏览器, 输入网址 <http://www.dangdang.com/>。
- (2) 浏览当当网的主页。

(3) 在“商品搜索”中输入相关商品,进行商品搜索。

(4) 利用左侧商品分类也可查找相关商品。

实践技能要点解读

1. 网上开店方式

目前,网上开店主要有两种方式。

(1) 在专业的大型网站上注册会员,开设个人的网店。像淘宝网、易趣网等均为个人提供网上开店服务,开店者只需支付少量费用,如网店租金、商品交易费等,即可在专业的大型网站上注册会员,开设个人的网店,进行网上销售。该方式相当于网下一些大的商场里租用一个店铺或柜台,借助大商场的影晌与人气做生意,目前网上开店多采用这种方式。

(2) 自立门户型的网上开店,即经营者自行设计网店,使用独立的域名和网店名称,完全依靠经营者个人的宣传吸引浏览者。自立门户型的网店的建设方式有两种:一种是完全根据商品销售的需要进行个性化设计,需要进行注册域名、租用空间、网页设计、程序开发等一系列工作,个性化较好;另一种是向一些网络公司购买自助式网站模块,操作简单,费用较低,但是缺乏个性化。

自立门户型的网店建设费用相对较高,同时还需要投入足够的时间与金钱进行网站宣传,优点是网店内容不需要像第一种类型那样受到固定格式的限制,也不必交纳如商品交易费之类的费用。这一类型的网店相当于路边的小店,如何吸引浏览者进入自己的网店,完全依靠经营者自己的推广。

2. 网上开店的经营方式

网上开店的经营方式主要有三种。

(1) 网上开店与网下开店相结合的经营方式。此种网店因为有网下店铺的支持,在商品的价位、销售的技巧方面都更高一筹,也容易取得消费者的认可与信任。

(2) 全职经营网店。经营者将全部的精力都投入到网站的经营上,将网上开店作为自己的全部工作,将网店的收入作为个人收入的主要来源。

(3) 兼职经营网店。经营者将经营网店作为自己的副业,例如现在许多在校学生利用课余时间经营网店。也有一些职场人员利用工作的便利开设网店,增加收入来源。

实训二 登录“网上南京路”,体会电子合同的订立及履行

操作步骤如下:

(1) 进入“网上南京路”首页 <http://www.njr.cn/>。

(2) 单击“新用户注册”,进行用户注册。

(3) 输入注册信息××××,注册成功。

(4) 输入用户名称和密码登录。

(5) 查看第一次购物演示流程,浏览商品,找到自己要购买的商品。并单击该商品图标,查看介绍。

- (6) 将该商品放入购物车中,查看购物车中的商品信息。
- (7) 选择付款方式和送货方式,了解相关合同的约定。
- (8) 查看生成的订单,并记住订单号,进行订单追踪。

实践技能要点解读

电子商务交易中使用的合同多为格式合同。格式合同,是指合同条款由当事人一方预先拟定,另一方当事人只能表示全部同意或者不同意的合同,也就是说,一方当事人或者从整体上接受合同条件,或者不订立合同。电子认证合同作为格式合同的特征有:一是数字证书的项目由电子认证服务提供者预订且不能改变;二是认证费用由电子认证服务提供者预订而不能讨价还价;三是签署者和电子认证服务提供者的责任条款由电子认证服务提供者单方制定并且不容进一步协商,而这正是电子认证合同中最关键的内容。目前在实践中,此责任条款有的出现在认证业务声明中,例如,美国的 Verisign 公司就在其业务声明中规定了免责条款;也可以直接以责任书的形式出现,例如,上海电子商务安全证书管理中心有限公司就采取这种做法;还可以以电子认证中心数字证书章程的形式出现,例如,广东省电子商务主认证中心就采取此种做法。对此责任条款只有“我接受”和“我拒绝”两种选择,选择“我接受”则继续证书申请的下一个步骤,选择“我拒绝”则终止证书的申请。

小组任务

1. 小组组成及任务

案例:奇虎诉腾讯案(见本章案例与思考)。

任务:法庭模拟审理“奇虎诉腾讯案”。

团队:全班学生分成3个组,第一组为原告,第二组为被告,第三组为法官、书记员和陪审员。

2. 要求

各团队准备相应的诉讼材料,在法庭模拟审理该案时完成并体会相应角色。同时熟悉并掌握相应法律知识。

双方主要准备《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国反不正当竞争法》。

第一组(原告)奇虎准备材料:见 <http://www.chinaeclaw.com/show.php?contentid=20884>。

第二组(被告)腾讯公司准备材料:见 <http://www.chinaeclaw.com/show.php?contentid=20884>。

第三组(法官、书记员和陪审员)审查证据,并借助网络,写出判决书。

第 2 章

电子商务主体确认的法律制度



引导性案例

2005 年 5 月 9 日，庄辰超注册了“qunar.com”域名并创建了“去哪儿”网。北京趣拿信息技术有限公司（简称趣拿公司）于 2006 年 3 月 17 日成立后，“qunar.com”域名由庄辰超转让给该公司。经过多年使用，“去哪儿”、“去哪儿网”、“qunar.com”等服务标识成为知名服务的特有名称。广州市去哪信息技术有限公司（简称去哪公司）的前身成立于 2003 年 12 月 10 日，后于 2009 年 5 月 26 日变更为现名，经营范围与趣拿公司相近。2003 年 6 月 6 日，“quna.com”域名登记注册，后于 2009 年 5 月转让给去哪公司。去哪公司随后注册了“123quna.com”、“mquna.com”域名，并使用“去哪”、“去哪儿”、“去哪网”、“quna.com”名义对外宣传和经营。

趣拿公司以去哪公司上述行为构成不正当竞争为由，请求判令去哪公司停止不正当竞争行为并赔偿损失 300 万元等。广州市中级人民法院一审认为，去哪公司使用“去哪”、“去哪儿”、“去哪网”、“quna.com”服务标记的行为构成对趣拿公司知名服务特有名称的侵害，去哪公司在其企业字号中使用“去哪”字样的行为构成不正当竞争，去哪公司使用“quna.com”、“123quna.com”、“mquna.com”域名的行为构成对趣拿公司域名权益的侵害。遂判决去哪公司停止使用上述企业字号、服务标记、域名，并限期将上述域名移转给趣拿公司；去哪公司赔偿趣拿公司经济损失 35 万元。去哪公司不服一审判决提出上诉。

2013 年广东省高级人民法院二审认为，去哪公司使用“去哪”企业字号和“去哪”标识等构成不正当竞争行为；去哪公司对域名“quna.com”享有合法权益，使用该域名有正当理由，根据《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定，不构成不正当竞争，去哪公司随后注册的“123quna.com”、“mquna.com”域名也应当允许注册和使用。双方均享有来源合法的域名权益，需要彼此容忍、互相尊重、长期共存，一方不能因为在经营过程中知名度提升，就剥夺另一方的生存空间；另一方也不能恶意攀附知名度较高一方的商誉，以谋取不正当的商业利益。据此，去哪公司虽然有权继续使用“quna.com”等域名，但是也有义务在与域名相关的搜索链接及网站上加注区别性标

识,以使消费者将上述域名与趣拿公司“去哪儿”、“去哪儿网”、“qunar.com”等知名服务特有名称相区分。二审法院维持了一审判决关于去哪公司停止使用“去哪”企业字号及“去哪”等标识的判项;撤销了去哪公司停止使用“quna.com”等域名并限期将上述域名移转给趣拿公司的判项,并把赔偿数额相应调整为25万元。



本章学习目标

1. 掌握电子商务主体的基本概念与内容。
2. 了解和熟悉与域名保护相关的法律。
3. 了解电子商务平台运行法律制度。
4. 了解和熟悉电子商务经营者交易主体的法律规范。



能力指标解析表

电子商务主体确认的法律制度

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子商务主体概述	0.2	电子商务交易服务提供者	0.5	电子商务交易平台服务提供者	0.5
		电子商务交易参与方	0.5	电子商务交易辅助服务提供者	0.5
电子商务交易平台建立与运行法律制度	0.4	电子商务交易平台建立的法律制度	0.5	电子商务交易参与方	1
				域名概述	0.25
				我国现行与域名相关的立法概况	0.25
				域名的法律保护	0.25
电子商务交易方的确认的法律制度	0.4	网络信息法律制度	0.5	域名管理的法律规定	0.25
				网络信息服务的含义	0.3
		电子商务经营者交易主体的法律规范	0.2	网络信息服务的市场准入	0.3
				网络服务提供商	0.4
		电子商务企业登记与公示制度	0.4	电子商务企业的类型	0.5
				电子商务企业的特征	0.5
		电子商务交易参与方的规范行为	0.4	从事网上经营活动企业的公示	0.5
				认识网上交易的特点	0.1
				了解交易相对方的真实身份	0.1
				遵守合同订立的各项要求	0.1
				依法使用电子签名	0.1
				注意支付安全	0.2
				依法发布广告, 防范违法广告	0.1
				注意保护知识产权	0.2
				保存网上交易记录	0.1



职业指导

当前,我国电子商务发展正进入密集创新和快速扩张的新阶段,日益成为拉动我国消费需求、促进传统产业升级、发展现代服务业的重要引擎。为此,电子商务行业人才需求较为旺盛。电子商务行业对人才的需求包括电子技术人才、商务人才和其他类人才。需求较大的是技术类,其次是市场营销类。技术类的职位包括首席技术官 CTO、首席信息官 CIO、技术总监/经理、高级软件工程师、系统管理员、网络与信息安全工程师、网页设计/制作网站编辑、系统工程师、数据库管理员。市场营销类职位包括销售经理、渠道管理、销售主管、销售代表、校园电子商务专员、电子商务主任、市场策划人员等。其他类别的职位包括法律人才、物流人员、人事、行政、财务等。

2.1 电子商务主体概述

电子商务主体是指电子商务交易参与方,包括电子商务交易方和电子商务交易服务提供者。

电子商务交易是买卖双方利用互联网进行的商品或服务交易,主要包括企业间交易、企业和消费者间交易、个人间交易、企业和政府间交易等。



相关链接 国家工商总局:不能以传统手段管理网店

2009年3月13日,国家工商总局首次明确指出不能以传统手段管理网店。工商总局内部已确立三条原则确保让网购行业继续得到快速发展,并为此制定了四項工作,其中包括针对基层工商人员进行网络知识培训,并用高科技手段搭建监管平台,达到“以网治网”的目的。

2.1.1 电子商务交易服务提供者

电子商务交易服务提供者,根据其服务内容可以分为以下几种。

1. 电子商务交易平台服务提供者

电子商务交易平台服务提供者,从事网上交易平台运营并为买卖双方提供交易服务。电子商务交易平台是平台服务提供者开展电子商务交易提供的计算机信息系统,该系统包括互联网、计算机、相关硬件和软件等。

一般而言,电子商务交易平台服务提供者多为第三方电子商务交易平台。第三方电子商务交易平台(以下简称第三方交易平台)是指在电子商务活动中为交易双方或多方提供交易撮合及相关服务的信息网络系统总和。



相关链接

第三方电子商务交易平台服务规范是:倡导诚信规范的经营服务理念,完善电子商务发展环境,促进电子商务健康发展。2011年4月12日,商务部与北京市共同主办“诚信经营、规范服务——2011第三方电子商务交易平台高峰论坛发布《第三方电子商务交易平台服务规范》”。

2. 电子商务交易辅助服务提供者

电子商务交易辅助服务提供者,为优化电子商务交易环境和促进电子商务交易,为买卖双方提供身份认证、信用评估、网络广告发布、网络营销、网上支付、物流配送、交易保险等辅助服务。生产企业自主开发电子商务交易平台,开展采购和销售活动,也可视为电子商务交易辅助服务提供者。电子商务交易平台服务提供者可以同时提供电子商务交易辅助服务。

2.1.2 电子商务交易参与方

电子商务交易的参与方,具体指卖方和买方;卖方利用互联网出售商品或服务,买方利用互联网购买或获得商品或服务。现行法律制度规定从事商品和服务交易必须具备相应资格的,交易方应当符合其规定。

2.2 电子商务交易平台建立与运行法律制度

2.2.1 电子商务交易平台建立的法律制度

电子商务交易平台即电子商务网站,如今网站建立的主要法律内容是指域名的法律保护问题。

1. 域名概述

(1) 域名的概念

网络是基于 TCP/IP 协议进行通信和连接的,每一台主机都有一个唯一的标识固定的 IP 地址,以区别在网络上成千上万个用户和计算机。网络上每台计算机的 IP 地址具有唯一性,用户必须向特定机构申请注册,该机构根据用户单位的网络规模和近期发展计划,分配 IP 地址。IP 地址用二进制数来表示,每个 IP 地址长 32 比特,由 4 个小于 256 的数字组成,数字之间用点间隔。例如,192.168.0.189 表示一个 IP 地址。由于 IP 地址是数字标识,使用时难以记忆和书写,因此在 IP 地址的基础上又发展出一种符号化的地址方案,来代替数字型的 IP 地址。



相关链接 静态 IP 与动态 IP

根据网络 ID 和主机 ID 的不同位数规则,可以将 IP 地址分为 A (7 位网络 ID 和 24 位主机 ID)、B (14 位网络 ID 和 16 位主机 ID)、C (21 位网络 ID 和 8 位主机 ID) 三类,由于历史原因和技术发展的差异,A 类地址和 B 类地址几乎分配殆尽,目前能够供全球各国各组织分配的只有 C 类地址。所以说 IP 地址是一种非常重要的网络资源。而对于大多数拨号上网的用户,由于其上网时间和空间的离散性,为每个用户分配一个固定的 IP 地址(静态 IP)是非常不可取的,这将造成 IP 地址资源的极大浪费。因此,这些用户通常会在每次拨通 ISP 的主机后,自动获得一个动态的 IP 地址,该地址当然不是任意的,而是该 ISP 申请的网络 ID 和主机 ID 的合法区间中的某个地址。拨号用户任意两次连接时的 IP 地址很可能不同,但是在每次连接时间内 IP 地址不变。

域名是互联网络上识别和定位计算机的层次结构式的字符标识,与该计算机的互联网协议(IP)地址相对应。域名就是人性化的 IP 地址。要在网络上建立电子商务交易平台,就必须取得一个域名,域名也是由若干部分组成的,包括数字和字母,如 www.baidu.com。通过该地址,便可以找到相应的网页。域名是上网单位和个人在网络上的重要标识,起着识别作用,有利于他人识别和检索某一组织机构、企业或个人的信息资源,从而更好地实现网络上的资源共享。除了识别功能外,在虚拟环境下,域名还可以起到引导、宣传、代表等作用。

(2) 中国互联网域名体系结构

① 顶级域名。中国的顶级域名是 **cn**。在顶级域名 **cn** 下,采用层次结构设置各级域名。

② 二级域名。中国的二级域名分为“类别域名”和“行政区域名”两类。其中,“类别域名”6 个,分别为 **ac** (科研机构),**com** (工、商、金融等企业),**edu** (教育机构),**gov** (政府部门),**net** (网络服务公司)和 **org** (非营利性的单位);而“行政区域名”34 个,适用于我国各省、自治区、直辖市,如 **bj** (北京)、**sh** (上海)和 **hl** (黑龙江)等。

③ 三级域名的命名原则。三级域名长度不得超过 20 个字符,需用字母(A~Z, a~z, 大小写等价)、数字(0~9)和连接符(—)组成,各级域名之间用实点(.)连接。三级域名未经国家有关部门的正式批准,不得使用含 **China**, **Chinese**, **cn** 和 **National** 等字样的域名;不得使用公众知晓的其他国家或地区名称、外国地名、国际组织名称;未经各级政府批准,不得使用县级以上(含县级)行政区划名称的全称或缩写;不得使用行业名称或商品的通用名称;不得使用他人已在中国注册过的企业名称或商标名称;不得使用对国家、社会或公共利益有损害的名称。

(3) 域名的法律特征

电子商务中域名的法律特征在很大程度上取决于它的技术特征,为此,域名具有标识性、唯一性、排他性、无限性、财产性、可转让性和国际性。根据以上的这些法律特征,域名是一种独立的、新型的知识产权,即域名权。



相关链接 域名转让暂不征税

域名不属于《中华人民共和国营业税暂行条例》中转让无形资产税目的征收范围,因此暂不征收营业税。另外,在国家税务总局未明确征税之前,域名转让取得的收入也暂不征收个人所得税。

2. 我国现行与域名相关的立法概况

我国现行的与域名相关的法律规范主要包括:2001年6月,最高人民法院颁布《关于审理涉及计算机网络域名注册民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,对域名纠纷案件定性为侵权或不正当竞争;2002年10月颁布的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,明确了将他人注册商标注册为域名,并在电子商务中使用的行为属于商标侵权行为;2004年12月20日起施行的《中国互联网络域名管理办法》及其实施细则;2005年1月28日通过的《互联网IP地址备案管理办法》;2007年10月8日实施的《中国互联网络信息中心域名争议解决程序规则》等规定,对域名注册、管理及争议解决进行了规范。

尽管如此,我国目前对域名的管理规范多是从保护商标和禁止域名侵权这些角度进行的,多表现为禁止性的规定,对域名的积极扶持、保护相关规定较少。另外,我国对域名的法律规则比较零散且专门的规范文件效力较低,对域名的法律性质尚未有明确规定。

3. 域名的法律保护

(1) 域名纠纷的类型

域名纠纷主要是指域名注册纠纷,大致包括以下几种:①抢注类域名纠纷,是指将他人的商标、商号等商业标识抢先注册为域名,但却“注”而不“用”,并未利用注册的域名进行商业使用;②盗用类域名纠纷,指不仅将他人的商标、商号等商业标识抢先注册为域名,而且进行商业使用,造成公众的混淆;③权利类冲突域名纠纷,是指在域名注册之前就存在权利配置状况所引发的冲突。例如,我国的“长城”等商标被多家企业分别注册为不同类别的商标,在这种情况下,如果其中一家企业注册了 greatwall.com.cn 域名,则很可能引起其他企业的诉讼。

(2) 域名保护的原则

①先申请原则。域名的取得基于域名申请登记,按照先申请先注册原则处理。

②初步审查原则。域名的审查仅限于对与在先域名是否相同的审查,即要求域名的区别特征仅在于其是否与在册域名相同,而不在于相似性。

③国际检索与国内检索原则。在国际上,建立各国商标联网数据库,域名注册时可进行国际检索。在国内,域名机构可以利用商标查询数据库进行初步检查。当然,这需要域名注册机构与商标注册机构之间进行必要的协调。初步检索能减少大量的域名争议。

④允许转让原则。发生域名争议时,如果争议双方能在平等、自愿、公平的基础上,达到一致意见,应允许调解,一方将域名转让给有争议的另一方。

4. 域名管理的法律规定

根据《中国互联网络域名管理办法》和《互联网IP地址备案管理办法》规定,我国域名

管理法律规定主要包括域名注册管理机构、域名注册服务机构、申请域名注册的条件、域名注册的限制性规定、域名注销的有关规定、域名争议和互联网 IP 地址备案制度。

(1) 域名注册管理机构

域名注册管理机构是指承担顶级域名系统的运行、维护和管理工作的机构。根据《中国互联网络域名管理办法》规定,申请成为域名注册管理机构,应当具备以下条件。

① 在中华人民共和国境内设置顶级域名服务器(不含镜像服务器),且相应的顶级域名符合国际互联网域名体系和我国互联网域名体系。

② 有与从事域名注册有关活动相适应的资金和专业人员。

③ 有从事互联网域名等相关服务的良好业绩和运营经验。

④ 有为用户提供长期服务的信誉或能力。

⑤ 有业务发展计划和相关技术方案。

⑥ 有健全的域名注册服务监督机制和网络与信息安全保障措施。

⑦ 符合国家其他有关规定。



法律提示

申请成为域名注册管理机构,应当向信息产业主管部门提交下列材料。

① 有关资金和人员的说明材料。

② 对境内的顶级域名服务器实施有效管理的证明材料。

③ 证明申请人信誉的材料。

④ 业务发展计划及相关技术方案。

⑤ 域名注册服务监督机制和网络与信息安全技术保障措施。

⑥ 拟与域名注册服务机构签署的协议范本。

⑦ 法定代表人签署的遵守国家有关法律、政策和我国域名体系的承诺书。

域名注册管理机构应当自觉遵守国家相关的法律、行政法规和规章,保证域名系统安全、可靠地运行,公平、合理地为域名注册服务机构提供安全、方便的域名服务。无正当理由,域名注册管理机构不得擅自中断域名注册服务机构的域名注册服务。

(2) 域名注册服务机构

域名注册服务机构是指受理域名注册申请,直接完成域名在国内顶级域名数据库中注册,直接或间接完成域名在国外顶级域名数据库中注册的机构。



法律提示

根据《中国互联网络域名管理办法》规定,申请成为域名注册服务机构,应当具备以下条件。

① 是依法设立的企业法人或事业法人。

② 注册资金不得少于 100 万元,在中华人民共和国境内设置有域名注册服务系统,且有专门从事域名注册服务的技术人员和客户服务人员。

- ③ 有为用户提供长期服务的信誉或能力。
- ④ 有业务发展计划及相关技术方案。
- ⑤ 有健全的网络与信息安全保障措施。
- ⑥ 有健全的域名注册服务退出机制。
- ⑦ 符合国家其他有关规定。



法律提示

申请成为域名注册服务机构,应当向工业和信息化部提交以下书面材料。

- ① 法人资格证明。
- ② 拟提供注册服务的域名项目及技术人员、客户服务人员的情况说明。
- ③ 与相关域名注册管理机构或境外的域名注册服务机构签订的合作意向书或协议。
- ④ 用户服务协议范本。
- ⑤ 业务发展计划及相关技术方案。
- ⑥ 网络与信息安全技术保障措施的证明。
- ⑦ 证明申请人信誉的有关材料。
- ⑧ 法定代表人签署的遵守国家有关法律、政策的承诺书。

域名注册服务机构应当自觉遵守国家相关法律、行政法规和规章,公平、合理地为用户提供域名注册服务。域名注册服务机构不得采用欺诈、胁迫等不正当的手段要求用户注册域名。

域名注册服务机构的名称、地址、法定代表人等登记信息发生变更,或者域名注册服务机构与其域名注册管理机构的合作关系发生变更或终止时,域名注册服务机构应当在变更或终止后三十日内报工业和信息化部备案。

(3) 申请域名注册的条件

① 域名注册申请人必须是依法登记并且能够独立承担民事责任的组织,不是独立法人的单位和个人不能申请域名注册。

② 申请注册的域名符合《中国互联网络域名管理办法》的相关规定。

③ 其主域名服务器在中国境内运行,并对其域名提供连续服务。

④ 指定该域名的管理联系人和技术联系人各一名,分别负责该级域名服务器的管理和运行工作。

(4) 域名注册的限制性规定

任何组织或个人注册和使用的域名,不得含有下列内容。

- ① 反对宪法所确定的基本原则的。
- ② 危害国家安全,泄露国家秘密,颠覆国家政权,破坏国家统一的。
- ③ 损害国家荣誉和利益的。
- ④ 煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结的。
- ⑤ 破坏国家宗教政策,宣扬邪教和封建迷信的。

- ⑥ 散布谣言，扰乱社会秩序，破坏社会稳定的。
- ⑦ 散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或教唆犯罪的。
- ⑧ 侮辱或诽谤他人，侵害他人合法权益的。
- ⑨ 含有法律、行政法规禁止的其他内容的。

(5) 域名注销的有关规定

已注册的域名出现下列情形之一时，原域名注册服务机构应当予以注销，并以书面形式通知域名持有者。

- ① 域名持有者或其代理人申请注销域名的。
- ② 域名持有者提交的域名注册信息不真实、不准确、不完整的。
- ③ 域名持有者未按照规定缴纳相应费用的。
- ④ 依据人民法院、仲裁机构或域名争议解决机构做出的裁判，应当注销的。

(6) 域名争议

- ① 域名注册管理机构可以指定中立的域名争议解决机构解决域名争议。
- ② 任何人就已经注册或使用的域名向域名争议解决机构提出投诉，并且符合域名争议解决办法规定的条件的，域名持有者应当参与域名争议解决程序。

- ③ 域名争议解决机构做出的裁决只涉及争议域名持有者信息的变更。

域名争议解决机构做出的裁决与人民法院或者仲裁机构已经发生法律效力裁判不一致的，域名争议解决机构的裁决服从于人民法院或者仲裁机构发生法律效力裁判。

相关案例

2015年2月，奇虎360公司已经完成了对国际顶级域名360.com的收购，有消息称，该域名的收购价格超过了1亿元人民币。

国际顶级域名360.com之前为跨国电信运营商沃达丰所持有，360公司在3年之前就已经尝试从沃达丰手中收购该域名，但当时360公司1400万美元的报价未能打动沃达丰。因此，之前360公司一直只能使用360.cn这一国家级域名。

如今360公司终于实现了对360.com域名的收购，虽然公司官方并未公布收购价格，不过有知情人士透露，360公司为了从沃达丰手中买下这一域名，花费了1700万美元，折合人民币超过1亿元。如果这一价格属实，那360公司此次的购买交易就已经超过此前小米收购mi.com时的2230万元人民币，创下了国内域名价格交易的新纪录。

目前，360.com域名的whois信息显示，该域名已归属于北京奇虎科技有限公司，域名的更新时间为2015年2月3日，并且已经转入了易名中国管理平台。

最初，360公司使用的域名是360safe.com，之后360公司收购了数字域名360.cn，并于2008年完成了从360safe.com到360.cn的域名切换。

对于互联网企业来说，拥有国际顶级域名更加容易使其被国外用户认可和接受。从重金购买国际顶级域名的举动来看，360公司显然有意加快国际化布局。

④ 域名争议在人民法院、仲裁机构或域名争议解决机构处理期间，域名持有者不得转让有争议的域名，但域名受让方以书面形式同意接受人民法院裁判、仲裁裁决或争议解决机

构裁决约束的除外。

(7) 互联网 IP 地址备案制度

根据 2005 年 3 月 20 日起施行的《互联网 IP 地址备案管理办法》规定,国家对 IP 地址的分配使用实行备案管理。需报备的 IP 地址信息,包括备案单位的基本情况,即备案单位名称、备案单位地址、备案单位性质、电信业务经营许可证编号、联系人姓名、联系人电话、联系人电子邮件等;备案单位的 IP 地址来源信息,包括 IP 地址来源机构名称、IP 地址总量、各 IP 地址段起止地址码等;备案单位的 IP 地址分配使用信息;自带 IP 地址的互联网接入用户信息,包括用户基本信息(含用户名称、单位类别、单位所属行业、单位详细地址、联系人姓名、联系人电话、联系人电子邮件)、自带 IP 地址总量、IP 地址段起止地址码、自带 IP 地址的来源、网关 IP 地址、网关所在地址、IP 地址使用方式等。

2.2.2 网络服务法律制度

电子商务交易平台在运行过程中依赖于网络服务,网络服务已成为电子商务不可分割的组成部分,也是支撑网上交易运营环境的基础。所有的电子商务网站主要提供电子商务信息的收集、整理、发布、传递与存储等服务内容,为此,网络信息服务是电子商务交易平台运行法律制度的主要内容。我国关于网络信息服务的法律文件主要是国务院 2000 年颁布的《中华人民共和国电信条例》和《互联网信息服务管理办法》,该《办法》是目前我国对提供互联网信息服务实行管制制度的主要行政法规。

1. 网络信息服务的含义

互联网信息服务是指通过互联网上网用户提供信息的服务活动。

互联网信息服务分为经营性和非经营性两类:经营性互联网信息服务,是指通过互联网上网用户有偿提供信息或网页制作等服务活动;非经营性互联网信息服务,是指通过互联网上网用户无偿提供具有公开性、共享性信息的服务活动。国家对经营性互联网信息服务实行许可制度;对非经营性互联网信息服务实行备案制度。未取得许可或未履行备案手续的,不得从事互联网信息服务。

2. 网络信息服务的市场准入

为了规范互联网信息服务活动,促进互联网信息服务健康有序发展,我国加强对互联网信息服务的管理,主要是审批与备案制度。

(1) 经营性网络信息服务许可制度

经营性 ICP 经营的内容主要是网上广告、代制作网页、有偿提供特定信息内容、电子商务及其他网上应用服务。国家对经营性 ICP 实行许可制度。根据《中华人民共和国电信条例》和《互联网信息服务管理办法》,国家对提供互联网信息服务的 ICP 实行许可制度。ICP 证是网站经营的许可证,根据国家《互联网信息服务管理办法》规定,经营性网站必须办理中华人民共和国增值电信业务经营许可证(经营性 ICP 证),否则就属于非法经营。

**法律提示**

《互联网信息服务管理办法》规定：“从事经营性互联网信息服务，除应当符合《中华人民共和国电信条例》规定的要求外，还应当具备下列条件：有业务发展规划及相关技术方案；有健全的网络与信息安全保障措施，包括网站安全保障措施、信息安全保密管理制度、用户信息安全管理措施；服务项目属于本办法第五条规定范围的，已取得有关主管部门同意的文件。”“从事经营性互联网信息服务，应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证。省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门应当自收到申请之日起60日内审查完毕，做出批准或者不予批准的决定。予以批准的，颁发经营许可证；不予批准的，应当书面通知申请人并说明理由。申请人取得经营许可证后，应当持经营许可证向企业登记机关办理登记手续。”

(2) 非经营性网络信息服务备案制度

ISP 是经国家主管部门批准的正式运营企业，享受国家法律保护。它主要提供互联网接入服务，即通过电话线把计算机或其他终端设备连入互联网。非经营性互联网信息服务提供者（ICP）在提供互联网信息服务（开通网站）之前，应当向为其接入互联网络服务的互联网服务提供商（ISP）提交相关备案信息。ISP 对相关备案信息整理，以确认相关备案信息真实、完整、准确，ISP 以授权用户身份登录“工业和信息化部 ICP/IP 地址信息备案管理系统”（简称“备案管理系统”，域名为 www.miibeian.gov.cn），导入相关备案信息。省级互联网行业主管部门对报备信息进行审核，发放备案编号、备案证书（电子文件），并通知相关 ISP，ISP 通知并指导 ICP 按要求标明备案编号、放置备案证书。这主要依据的是《互联网信息服务管理办法》规定，“国家对经营性互联网信息服务实行许可制度；对非经营性互联网信息服务实行备案制度。未取得许可或未履行备案手续的，不得从事互联网信息服务。”“从事非经营性互联网信息服务，应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门办理备案手续”。

(3) 特殊行业服务审批制度与专项备案制度

① 审批制度。对于从事新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械等特殊行业服务互联网信息服务的，依照法律、行政法规及国家有关规定必须经有关主管部门审核同意的，在申请经营许可或履行备案手续前，应当依法经有关主管部门审核同意。不管是经营性信息服务，还是公益性或非经营性信息服务，如果涉及这些行业，都必须办理审批手续。

② 专项备案制度。从事互联网信息服务，拟开办电子公告服务的，应当在申请经营性互联网信息服务许可或办理非经营性互联网信息服务备案时，按照国家有关规定提出专项申请或专项备案。电子公告板（BBS）是供公众自由发表言论的地方。所有网站如开辟这项服务，要到有关部门办理专项申请或备案。



相关链接 全国整治低俗风 55 家 ISP 接入色情被查

在整治互联网低俗之风专项行动中,网络接入服务商违规为淫秽色情和低俗网站提供接入服务的问题引起各方关注。截至 2009 年 2 月 25 日,专项行动开展以来,工业和信息化部加强对全国网络接入服务商的管理,对问题严重的福建省厦门华商盛世网络有限公司、浙江省杭州亿网互联科技有限公司、江苏省江阴欧维网络科技有限公司等 55 家网络接入服务商依法进行了查处。

3. 网络服务提供商

网络服务提供商是指专门为他人设立、经营网站或为其他网络通信提供服务的网络服务提供者。从网络服务提供商在信息传输中的作用或网络服务提供商对信息内容控制的角度,网络服务提供商大致可以分为两类:一类是网络内容服务提供商(Internet Content Provider, ICP);一类是网络中介服务提供者(Internet Service Provider, ISP)。ICP 充当网络信息交流的一方当事人(发布者),而 ISP 充当网络信息交流的媒介或中介。

(1) 网络内容服务提供商(ICP)

网络内容服务提供商是指向社会公众或特定用户提供信息内容服务的网络服务公司。网络服务器的经营者直接向消费者(接受者)发布信息,充当主动传输内容的角色。大多数网络服务公司既提供中介服务,同时也提供内容服务。凡是直接发布了某种信息的网站经营者,在信息传播中就是充当发布者的角色。

① 网络内容服务提供商的义务根据《互联网信息服务管理办法》规定,必须保证提供服务的合法性。网络内容服务提供商应当按照经营许可或备案的项目提供服务,不得超出经营许可或备案的项目提供服务。非经营性互联网信息服务提供者不得从事有偿服务;互联网信息服务提供者应当在其网站主页的显著位置标明其经营许可证编号或备案编号;从事新闻、出版及电子公告等服务项目的互联网信息服务提供者,应当记录提供的信息内容及其发布时间、互联网地址或域名;互联网接入服务提供者应当记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或域名、主叫电话号码等信息。互联网信息服务提供者和互联网接入服务提供者的记录备份应当保存 60 日,并在国家有关机关依法查询时,予以提供。

② 在保证提供服务的合法性的同时,必须保证信息内容合法。互联网信息服务提供者应当向上网用户提供良好的服务,并保证所提供的信息内容合法,互联网信息服务提供者不得制作、复制、发布、传播含有下列内容的信息:反对宪法所确定的基本原则的;危害国家安全,泄露国家秘密,颠覆国家政权,破坏国家统一的;损害国家荣誉和利益的;煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结的;破坏国家宗教政策,宣扬邪教和封建迷信的;散布谣言,扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或教唆犯罪的;侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;含有法律、行政法规禁止的其他内容的。



相关链接

2014 年 6 月 20 日,国家互联网信息办公室通报了“净网 2014”专项行动进展情况。2014 年以来,累计处理、关闭淫秽色情网站 1 222 家。各中央新闻网站、主要商业网站已主动关

闭相关频道 50 余个, 查删涉色情低俗的稿件 2 200 余篇, 清理工作一直在持续进行。网信办对 2014 年 4 月底前累计关闭的 422 家淫秽色情网站进行复查, 发现有 132 家关闭并列入“黑名单”的网站原样“复活”, 问题十分严重。针对该问题, 网信办会同工信部对多家违规接入服务商进行处理, 并向社会公开曝光。

(2) 网络中介服务提供者 (ISP)

网络中介服务提供者是指为网络提供信息传输中介服务的主体, 是指经营者以外的人通过某个服务器发布信息。网络服务经营者充当被动传输信息的角色, 它又可以分为接入服务提供商和主机服务提供商。

网络中介服务提供者的义务主要有两个, 监控义务和协助调查义务。其中协助调查是辅助性的, 监控义务是主要义务。

2.2.3 第三方电子商务交易平台运行的法律制度

电子商务服务业是以信息技术应用和经济发展需求为基础, 对社会全局和可持续发展具有重要引领带动作用的新兴产业。中国电子商务正处在高速发展时期。加强电子商务标准化建设, 对于促进经济增长方式的转变, 推动经济社会又好又快发展具有重要意义。

第三方电子商务交易平台在电子商务服务业发展中具有举足轻重的作用。第三方电子商务交易平台不仅提供了买卖双方的网上交易渠道, 还大幅度降低了交易成本, 也开辟了电子商务服务业的一个新的领域。加强第三方电子商务交易平台的服务规范, 对于维护电子商务交易秩序, 促进电子商务健康快速发展, 具有非常重要的作用。

为规范第三方电子商务交易平台的经营活动, 保护企业和消费者合法权益, 营造公平、诚信的电子商务交易环境, 商务部 2011 年 4 月颁行了《第三方电子商务交易平台服务规范》。

1. 几个相关概念

第三方电子商务交易平台 (以下简称第三方交易平台) 是指在电子商务活动中为交易双方或多方提供交易撮合及相关服务的信息网络系统总和。第三方交易平台经营者 (以下简称平台经营者) 是指在工商行政管理部门登记注册并领取营业执照, 从事第三方交易平台运营并为交易双方提供服务的自然人、法人和其他组织。第三方交易平台站内经营者 (以下简称站内经营者) 是指在电子商务交易平台上从事交易及有关服务活动的自然人、法人和其他组织。

2. 第三方交易平台设立条件

第三方电子商务交易平台的设立应当符合下列条件: ① 有与从事的业务和规模相适应的硬件设施; ② 有保障交易正常运营的计算机信息系统和安全环境; ③ 有与交易平台经营规模相适应的管理人员、技术人员和客户服务人员; ④ 符合《中华人民共和国电信条例》、《互联网信息服务管理办法》、《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》、《电子认证服务管理办法》等法律、法规和规章规定的其他条件。

3. 交易平台设施及运行环境维护

平台经营者应当保障交易平台内各类软/硬件设施的正常运行,维护消防、卫生和安保等设施处于正常状态。

平台经营者应当按照国家信息安全等级保护制度的有关规定和要求建设、运行、维护网上交易平台系统和辅助服务系统,落实互联网安全保护技术措施,依法实时监控交易系统运行状况,维护平台交易系统正常运行,及时处理网络安全事故。

日交易额1亿元人民币以上(含1亿元)的第三方电子商务交易平台应当设置异地灾难备份系统,建立灾难恢复体系和应急预案。

4. 平台经营者对站内经营者的管理与引导

(1) 站内经营者注册

通过第三方交易平台从事商品交易及有关服务行为的自然人,需要向平台经营者提出申请,提交身份证明文件或营业执照、经营地址及联系方式等必要信息。通过第三方交易平台从事商品交易及有关服务行为的法人和其他组织,需要向平台经营者提出申请,提交营业执照或其他获准经营的证明文件、经营地址及联系方式等必要信息。

第三方电子商务交易平台应当核验站内经营者的营业执照、税务登记证和各类经营许可证。第三方电子商务交易平台对外是否显示站内经营者真实名称和姓名由平台经营者和站内经营者协商确定。

平台经营者应当每年定期对实名注册的站内经营者的注册信息进行验证,对无法验证的站内经营者应予以注明。平台经营者应当加强提示,督促站内经营者履行有关法律规定和市场监督管理制度,增强诚信服务、文明经商的服务意识,倡导良好的经营作风和商业道德。

(2) 站内经营者行为规范

平台经营者应当通过合同或其他方式要求站内经营者遵守行为规范,督促站内经营者建立和实行各类商品信誉制度,方便消费者监督和投诉。站内经营者应合法经营,不得销售不符合国家标准或有毒有害的商品。对涉及违法经营的可以暂停或终止其交易。对涉及违法经营或侵犯消费者权益的站内经营者可以按照事先公布的程序在平台上进行公示。

站内经营者应当在停止经营或撤柜前3个月告知平台经营者,并配合平台经营者处理好涉及消费者或第三方的事务。站内经营者应当主动配合平台经营者就消费者投诉所进行的调查和协调。

(3) 交易秩序维护

平台经营者应当采取合理措施,保证网上交易平台的正常运行,提供安全可靠的交易环境和公平、公正、公开的交易服务,维护交易秩序,建立并完善网上交易的信用评价体系和交易风险警示机制。

平台经营者应当合理提示用户关注交易风险,在执行用户的交易支付指令前,应当要求用户对交易明细进行确认;从事网上支付服务的经营者,在执行支付指令前,也应当要求付款人进行确认。

鼓励平台经营者设立冷静期制度,允许消费者在冷静期内无理由取消订单。

鼓励网络第三方交易平台和平台经营者向消费者提供“卖家保证金”服务。保证金用于消费者的交易损失赔付。保证金的金额、使用方式应事先向当地工商行政主管部门备案并公示。

(4) 禁止行为

第三方交易平台同时利用自有平台进行网上商品（服务）交易的，不得相互串通，利用自身便利操纵市场价格，扰乱市场秩序，损害其他经营者或消费者的合法权益。

5. 平台经营者对消费者的合理保护

未经用户同意，平台经营者不得向任何第三方披露或转让用户名单、交易记录等数据，但法律法规另有规定的除外。

平台经营者应当督促站内交易经营者出具购货凭证、服务单据及相关凭证。

消费者在网络交易平台购买商品或接受服务，发生消费纠纷或其合法权益受到损害的，平台经营者应当向消费者提供站内经营者的真实的网站登记信息，积极协助消费者维护自身合法权益。

2.3 电子商务交易方的确认的法律制度

电子商务交易当事人是指直接参与电子商务交易的权利义务主体，主要由从事电子商务经营的企业、组织或自然人组成。在我国电子商务法律发展并不完备的今天，现有的传统市场交易当事人主体的法律规范仍然对电子商务交易主体有着基础的规范作用。

2.3.1 电子商务经营者交易主体的法律规范

电子商务经营者交易主体可以是电子商务企业、非企业，还可以是法人、非法人等。

1. 电子商务企业的类型

企业是指依法设立的以赢利为目的从事生产经营活动的独立核算的经济组织。企业的法律形态通常是指有关企业方面的法规所规定的企业的组织形式。企业的法律形态与企业的设立、组织及权利义务等有着十分重要的关系。

我国的传统企业可以按照不同标准分类：按企业是否具有法人资格为标准，可分为法人企业与非法人企业；按投资者承担的责任不同为标准，分为公司企业（依据《中华人民共和国公司法》又可分为有限责任公司和股份有限公司）、合伙企业和个人独资企业。

法人是与公民对称的一类民事主体，其与企业的关系非常密切。企业中有法人企业和非法人企业，法人中也有企业法人和非企业法人。

在电子商务中，企业是电子商务交易活动的主要参加者，包括传统企业和虚拟企业。传统企业是指在现实环境下拥有自己的经营场所、业务领域、供销渠道等，还可以进行网上营销、销售与服务的实体企业；虚拟企业是纯粹的网上企业，它没有实体店铺，是只从事网上

经营与服务活动的虚拟环境下的企业。由于我国没有现行的电子商务企业规界的法律,所以只能按传统标准进行认定。



相关链接 上海电子商务新规实施 网店卖家将获特赦令

金融风暴吹热了上网开店的就业新趋势,可悬而未决的网店营业执照问题一直把很多人挡在门外。随着全国首部地方性电子商务法规——《上海市促进电子商务发展规定》2009年3月4日起正式在沪实施,这些网络创业者将迎来福音。新规除了将本市电子商务发展纳入信息化发展规划、对其进行全方位的引导和监管外,还为广大个人网店卖家送去了无须办照的“特赦令”。

2. 电子商务企业的特征

(1) 经营场所虚拟化

电子商务企业的经营场所依托于网络虚拟世界,以网站的形式出现,进行B2B、B2C等业务。这种营业场所的虚拟化给相关法律的适用带来了崭新的法律问题,如司法管辖地问题、合同履行地问题等。

(2) 信息化管理

电子商务企业完全依赖于计算机与网络,信息化程度较高。其内部管理及对外业务主要是通过网络进行的。企业的内部网是企业管理活动的通道,而企业的外部活动则更多的是通过因特网进行的,这使得企业的管理结构呈现出水平化的特点,即企业内部高层管理者可以通过内部信息系统,直接与基层联系,基层也可以根据信息系统的要求及时决策。

(3) 活动开放化

电子商务环境下电子商务企业的对外活动具有开放性。同时,在现实经济中,根据法人的内部章程活动的各机关、企事业单位、社会团体,在虚拟经济中扮演着重要的角色,从而使法人可以克服时空的限制,进行内部和外部的管理和经营。



相关案例

国内知名大数据研究公司 QuestMobile(贵士移动)发布的最新移动电商数据显示,2016年1月,国内移动电商用户规模为4.12亿,相比去年的3.27亿增长了25%。其中,受“双十一”促销拉动,去年11月,中国移动电商用户规模一度突破5亿,达到了5.05亿。另外,虽然整个电商领域一直存在“洗牌”的声音,不过从最新的Andriod、iOS数据上看,新的APP仍在快速崛起,如传统商超转型过来的飞牛网(大润发旗下电商网站)DAU、MAU增速超过1000%。

同时,全新的电商类型也在快速出现并突破增长,如主打海淘的小红书、主打酒类的酒仙网、主打折扣的“卷皮折扣”等,增长速度在600%以上。显然,这些新的模式及代表性的APP均值得注意。

2.3.2 电子商务企业登记与公示制度

为了保证电子商务企业的真实存在,可以通过两种方式来实现:一是企业登记,凡是以企业名义从事电子商务经营的企业,应当进行工商登记,取得营业执照;二是电子商务企业的公示,指网上企业应当公开其对应的现实社会真实的主体身份及其相关资料。

1. 电子商务企业的登记

不管是传统企业设立经营性网站,还是新型网络企业设立经营性网站,均必须进行企业登记。根据《中华人民共和国电信条例》和《互联网信息服务管理办法》的要求,经营性网站的设立不仅需要获得网络信息服务的许可,而且也要办理企业登记。这里的经营性网站只包括网络服务提供者,而不包括一般性企业网站。传统的经营企业,取得营业执照的企业可设立网站,从事电子商务交易一般不需要办理营业登记。因为,网上企业或网站并没有异于现实企业的主体资格。

相关链接

截止到2015年12月,全国电子商务交易额达6.8万亿元,同比增长34.5%。其中,B2B交易额达5.5万亿元,同比增长32.4%。网络零售市场交易规模达1.08万亿元,同比增长43.9%。截止到2015年12月,电子商务服务企业直接从业人员超过250万人。目前由电子商务间接带动的就业人数,已超过1720万人。截止到2015年12月,我国B2B电子商务服务网站达1203家,同比增长5.0%。截止到2015年12月,国内使用第三方电子商务平台的中小企业用户规模(包括同一企业不同平台注册但不包括在同一平台上重复注册)已经突破1950万。

2. 电子商务企业的公示

凡是设立网站从事电子商务或从事网上交易的,必须在网站上公示企业注册信息,以表明其是真实存在、合法有效的企业。这就是网上交易企业的公示制度。我国目前尚没有统一的关于电子商务企业公示的法律制度,但对于电子商务发展较快的省、市(如北京、上海、江西)都出台了各自的地区性法规,以规范当地的电子商务企业交易主体的认定。

2.3.3 电子商务交易参与方的规范行为

根据商务部发布的《关于网上交易的指导意见(暂行)》,电子商务交易参与方规范行为应遵从如下行为规范。

1. 认识网上交易的特点

网上交易通过现代信息技术和互联网进行信息交流、洽谈、签订乃至履行合同,效率高,成本低。但交易方在了解对方真实身份、信用情况、履约能力等方面有一定难度,存在一定的违约和欺诈风险。交易方应当认识网上交易的特点,谨慎交易,积极防范风险。

2. 了解交易相对方的真实身份

交易各方在交易前要尽可能多地了解对方的真实身份、信用状况、履约能力等交易信息,可以要求对方告知或向交易服务提供者询问,必要时也可以向有关管理、服务机构查询。

交易各方应当在适当的时间将自身与交易有关的真实信息告知对方,如营业执照和特殊业务许可证照的有关信息,实体经营地址和真实有效的联系方式。

如果一方拒绝提供基本身份信息,另一方要谨慎对待,慎重交易,警惕和防范利用网上交易进行欺诈的行为。

3. 遵守合同订立的各项要求

交易各方采用电子邮件、网上交流等方式订立合同,应当遵守合同法、电子签名法的有关规定。



法律提示

根据我国合同法,签订电子合同应注意下列事项。

- ① 与数据电文确认收讫有关的事项。
- ② 以数据电文形式发送的要约的撤回、撤销和失效及承诺的撤回。
- ③ 自动交易系统形成的文件的法律效力。
- ④ 价款的支付,标的物 and 有关单据、凭证的交付。
- ⑤ 管辖法院或仲裁机构的选择,准据法的确定。
- ⑥ 法律、法规规定的其他事项。

交易方采用格式合同的,制定合同的一方应遵守法律、法规关于格式合同的规定,并注意适应网络特点,相对方要仔细阅读合同条款,谨慎操作。

4. 依法使用电子签名

交易各方通过电子签名签订合同的,要遵守电子签名的法律规定,使用可靠的电子签名,选择依法设立电子认证服务提供者提供的认证服务。

5. 注意支付安全

交易各方选择网上支付方式的,要通过安全可靠的支付平台进行,及时保存支付信息,增强网上支付的安全意识。交易各方进行网下支付的,要充分考虑货到付款、预付货款等方式的特点,注意资金的使用安全。

6. 依法发布广告,防范违法广告

交易各方发布的网络广告要真实合法。浏览广告的一方要增强警惕性和鉴别能力,注意识别并防范以新闻或论坛讨论等形式出现的虚假违法广告。

7. 注意保护知识产权

交易各方要尊重知识产权,依法交易含有知识产权的商品或服务,不得利用网上交易侵

犯他人知识产权。

8. 保存网上交易记录

交易各方可以自行保存各类交易记录,以作为纠纷处理时的证据。大宗商品、贵重商品与重要服务的交易,可以生成必要的书面文件或采取其他合理措施留存交易记录。



案例与思考

2011年,网络交易平台祸端纷起,淘宝商城是继“3Q大战”后,在电商平台掀起的又一大热点话题。种种热点事项显示,法律不完善,监管力度不够,是互联网争端“血案”屡屡出现的重要因素。

事件简介:2011年9月,在杭州举行的淘宝商城商家沟通会上,淘宝商城透露酝酿新一轮的管理体系升级,2012年向商家收取的年费将从现行的每年6000元调整到3万元或6万元两档,商家作为服务信誉押金的消费者保证金将从现行的1万元调整到1万元至15万元不等。这一新规,引起中小商户的强烈不满。之后,淘宝商城又出了新的政策:对于新规发布后入驻的淘宝商城卖家,新的年费标准将在2012年1月1日执行;对于新规发布前已经入住的商城卖家,2012年年费将推迟至2012年10月执行,即到2012年9月30号为止,商家仍然按照原规则缴纳年费,费用按月份折算,2012年10月新规执行后,年费金额和返还条件也按月份折算。

网上商城提高开店门槛,不料招来经济承受能力相对较差的中小商家的“怨恨”,于是,中小商家寻求报复,向商城的大商家“恶意买货”、“恶意退货”,一场声势浩大的“商城内讧”由此而生,网上商城的经营秩序陷入混乱。

思考:1. 淘宝商城提高开店门槛是否具有法律依据?

2. 中小商家的行为是否合法?

自测题

一、单选题

- 我国网络域名系统的管理机构是()。
 - 中国互联网络信息中心(CNNIC)
 - 国家工商总局
 - 国家信息化办公室
 - 工业和信息化部
- 我国对非经营性互联网信息服务实行()。
 - 许可制度
 - 备案制度
 - 注册制度
 - 登记制度
- 将我国互联网服务商分为经营性和非经营性两类分别加以规范的法规是()。
 - 《互联网信息服务管理办法》
 - 《互联网电子公告服务管理规定》

C.《电信条例》

D.《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》

4. 同一商标的两个合法拥有者都想以他们的商标做域名的行为属于()。

A. 域名抢注行为

B. 域名混淆行为

C. 同一商标的域名争议

D. 反向域名侵夺

5. 下列不属于网络服务提供者的是()。

A. ICP

B. ISP

C. ICT

D. IPP

二、多选题

1. 下列属于域名注册限制性规定的是()。

A. 反对宪法所确定的基本原则的

B. 危害国家安全,泄露国家秘密,颠覆国家政权,破坏国家统一的

C. 损害国家荣誉和利益的

D. 煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结的

2. 一般认为 ISP 在网络广告中的基本义务包括()。

A. 事先审查义务

B. 事中监控义务

C. 事后控制义务

D. 协助调查义务

3. 下列属于 IP 地址类别的有()。

A. A 类

B. B 类

C. C 类

D. D 类

4. 域名保护的原则包括()。

A. 先申请原则

B. 国际检索与国内检索

C. 初步审查原则

D. 允许转让

三、判断题

1. 网络是基于 TCP/IP 协议进行通信和连接的,每一台主机都有几个标识固定的 IP 地址。
()

2. IP 地址用十进制数来表示。()

3. 域名是非人性化的 IP 地址。()

4. 互联网信息服务是指通过互联网向上网用户提供信息的服务活动。()

5. 我国加强对互联网信息服务的管理,主要是审批与备案制度。()

四、简答题

1. 简述域名保护的原则。

2. 电子商务交易参与方规范行为有哪些?

实训题

实训一 在凡科建站网上建立自己的网上商店（宣传型）， 申请二级域名，并体会构建网站的流程

操作步骤如下：

- (1) 打开 IE 浏览器，输入凡科建站网站地址 http://jz.faisco.com/pro12.html?_ta=169。
- (2) 单击“免费注册”并填写注册信息，单击“免费注册”。
- (3) 按照操作流程，进行“一键复制样板，急速搭建网站”。
- (4) 建站成功后，依次点击“网站设计”、“网站管理”、“商务平台”等栏目进行相关设置。
- (5) 打开 IE 浏览器，在地址栏输入：已申请会员名，浏览自己建立的网站。

实践技能要点解读

二级域名是顶级域名（一级域名）的下一级，域名整体包括两个“.”或包括一个“.”和一个“/”，如 www.abc.com，bbs.abc.com。大部分所谓免费二级域名，是指除了“www”前缀的，只含有两个“.”的二级域名。二级域名是以顶级域名为基础的地理域名。例如，中国的二级域名有 .com.cn，.net.cn，.org.cn，.gd.cn 等。子域名是其父域名的子域名。例如，父域名是 abc.com，子域名就是 www.abc.com 或 *.abc.com。一般来说，二级域名是域名的一条记录。例如，alidiedie.com 是一个域名，www.alidiedie.com 是其中比较常用的记录，一般默认是用这个，但是类似 *.alidiedie.com 的域名全部称作 alidiedie.com 的二级域名。

顶级域名、二级域名、子域名的区别在于：顶级域名以 .com，.net，.org，.cn 等结尾的属于国际顶级域名。根据目前的国际互联网域名体系，国际顶级域名分为两类：类别顶级域名（gTLD）和地理顶级域名（ccTLD）。类别顶级域名是以 [com](http://.com)，[net](http://.net)，[org](http://.org)，[biz](http://.biz)，[info](http://.info) 等结尾的域名，均由国外公司负责管理。地理顶级域名是以国家或地区代码为结尾的域名，如 [cn](http://.cn) 代表中国，[uk](http://.uk) 代表英国。地理顶级域名一般由各个国家或地区负责管理。

实训二 办理网店营业执照的一般流程

为了规范网上交易行为，保护消费者合法权益，北京市有关部门在 2007 年年底颁布了《北京市信息化促进条例》（以下简称《条例》）。该《条例》规定，利用互联网从事经营活动的单位和个人（含电子商务服务提供商）应当依法取得营业执照。为落实贯彻《条例》，《意见》明确提出，严格落实电子商务经营主体准入规定，强化网上经营主体准入意识；建立电子商务经营者信息公开制度，加强社会监督。《意见》要求利用互联网从事电子商务经营活动的主体，均应依法登记注册，领取营业执照后，方可从事网上经营活动。根据《城乡个体工商户管理暂行条例》第七条的规定：“申请从事个体工商业经营的个人或者家庭，应当持所在

地户籍证明及其他有关证明,向所在地工商行政管理机关申请登记,经县级工商行政管理机关核准领取营业执照后,方可营业。”《城乡个体工商户管理暂行条例实施细则》第十五条规定:“根据《条例》第七条和第二十二条的规定,未经工商行政管理机关核准登记颁发营业执照擅自开业的,属非法经营,应予以取缔,没收非法所得,可以并处5 000元以下的罚款。”以上两个法规仍然在有效期内。通过互联网进行的经营活动与传统的经营活动之间没有本质上的区别,也应该适用上述规定进行规范。此次发布的《意见》中关于网店需要办理营业执照的规定,只是对上述规定的一个重述,并非全新的规定。

到工商行政管理部门申请办理营业执照时,由于经营主体有个体户和私营企业之分,所以登记手续也稍有不同。下面以个体户开业登记为例进行介绍。

1. 个体户开业登记的程序

个体户开业登记的一般程序为申请、受理、审批、发执照。首先,申请人持文件、证明向户籍所在地或经营场所所在地的工商行政管理部门提出申请,并提交申请书和下列证明:经营者身份证明、经营场所证明、上岗证等。经工商行政管理部门的初步审查,对符合规定的予以受理。当全部审批结束后,申请人缴纳一定的登记费用,工商行政管理部门即向申请人颁发营业执照。

2. 到银行开户

经营者将所拥有的资金存进自己选定的银行并开设银行账户。

3. 到税务局办理税务登记

个体办证者携带本人身份证原件,到税务分局领取并填写《个人税务登记表》,附带工商执照副本原件,到“税务登记”窗口办理税务登记手续。

4. 到卫生防疫站办理卫生许可证

组织员工到所在地的卫生防疫部门进行身体检查,以办理个人健康合格证。

5. 办理收费许可证

到物价部门办理收费许可证。

6. 申请开业登记表

办完以上手续后,标志着一家企业所需的各职能部门的批准已完成,即可到所在区的工商行政管理局办理《个体工商户申请企业登记表》,准备择日开业。

小组任务

1. 小组队组成及任务

案例:网上商店的营业执照的办理。

任务：网上商店的营业执照的办理。

团队：全班学生分成两个组，第一组为工商部门，第二组为申请者。

2. 要求

各团队准备相应材料，在网上商店的营业执照的办理过程中扮演相应角色。同时熟悉并掌握相应法律知识。详细内容见实训二：办理网店营业执照的一般流程。

第 3 章

电子签名法律制度



引导性案例

电子签名签订房屋买卖合同纠纷案

2009年6月，刘先生和张女士夫妻二人在成都某房屋中介公司处求购房屋，并与其签订了《独家求购服务协议》。刘先生夫妻二人看中了黄先生所有的一套住房，由于黄先生是新加坡籍人，签约时人不在国内，刘先生和张女士在中介公司的安排下以电子邮件的方式与卖房人黄先生签订了《房屋转让合约》，该合约中的“黄杰伟”签名是电子签名。

合约约定卖方将其所有的房屋出售给刘、张二人，并约定双方协同到成都市房地产交易中心签订《成都市存量房买卖合同》，否则视为违约，后卖房人拒绝前往办理手续，刘、张二人诉至法院要求卖房人承担违约责任。签订合同后，刘先生、张女士已将定金交付给中介公司，纠纷发生后，中介公司将尚未交付给卖方的定金20 000元退还给刘、张二人。庭审中，被告黄先生称自己没有签订过房屋转让合同，也没有收取过两原告的定金。

2012年，成都高新区法院经审理，认为双方签订的《房屋转让合约》因当事人未有效签名而尚未成立，判决驳回原告要求被告支付违约金的诉讼请求。

审理法官认为，本案涉及电子签名的效力认定。根据《电子签名法》第三条之规定，“民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。前款规定不适用下列文书：（一）涉及婚姻、收养、继承等人身关系的；（二）涉及土地、房屋等不动产权益转让的；（三）涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的；（四）法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形”。由此可见，涉及房屋等不动产权益转让的合同不适用电子签名，本案中的房屋买卖合同采用电子签名不具备法律效力。

本案《房屋转让合约》中的“黄杰伟”一方签名是采用电子签名形式完成的，被告本人未到场亦未委托他人签订合同，加上庭审中否认与二原告签订房屋转让合约，因此该合约因

当事人未有效签名而尚未成立，不产生法律效力。



本章学习目标

1. 掌握数据电文与电子签名的概念和特征。
2. 掌握数据电文的归属。
3. 理解电子签名的使用及其法律效力。
4. 了解数据电文和电子签名的法律效力。



能力指标解析表

电子签名法律制度

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子签名法律制度概述	0.2	数据电文、电子签名与电子认证的含义	0.6	数据电文的概念与特征	0.3
				电子签名的概念与特征	0.4
				电子认证的概念与特征	0.3
		我国《电子签名法》	0.4	我国《电子签名法》的基本框架	0.25
				我国《电子签名法》的立法特点	0.25
				我国《电子签名法》的适用范围	0.25
				《电子签名法》颁布与实施的意义	0.25
数据电文的法律效力	0.3	数据电文符合法定书面形式要求	0.2	数据电文符合法定书面形式要求	1
		数据电文符合法定原件形式要求	0.2	原件形式要求	0.5
				原件内容要求	0.5
		数据电文可以满足法律、法规规定的文件保存要求	0.2	能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用	0.3
				数据电文应能够准确表现原来生成、发送或接收的内容	0.4
				能够识别数据电文的发件人、收件人及发送、接收的时间	0.3
		数据电文作为证据使用时的可采性	0.1	我国现行诉讼法列举的证据的种类	0.5
				数据电文确定性的证据地位	0.5
		数据电文作为证据使用时的真实性判断	0.1	数据电文作为证据使用时的真实性判断	1
		数据电文的发送与接收	0.2	数据电文的归属	0.25
				数据电文确认收讫	0.25
				数据电文发送和接收时间	0.25
				数据电文的发送地点和接收地点	0.25

续表

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子签名的法律效力	0.3	可靠的电子签名应当具备的条件	0.2	专有性	0.25
				可控性	0.25
				不可改动性	0.25
				数据电文内容和形式的不可改动性	0.25
		电子签名人的法律义务	0.4	电子签名人的法律义务	1
		电子签名人的法律责任	0.4	电子签名人未履行法定义务的法律 责任	0.5
伪造、冒用、盗用他人的电子签名的法律 责任	0.5				
电子认证的法律 规定	0.2	电子认证机构的基本含义	0.3	电子认证服务机构的定义	0.3
				电子认证服务机构的特性	0.3
				电子认证服务机构的职能	0.4
		电子认证机构的设立	0.1	电子认证服务机构申请设立的条件	0.5
				电子认证服务许可的申请与颁发	0.5
		电子认证服务的内容	0.2	电子认证服务机构的业务范围	0.5
				电子认证业务规则的制定及备案制度	0.5
		电子认证过程中有关各方的义务性规定	0.1	电子签名人和电子认证服务提供者的有 关义务	0.25
电子签名认证证书内容要求	0.25				
				电子认证服务提供者有关保证义务的规定	0.25
				妥善保存认证信息及保存期限	0.25
		电子认证服务提供者的业务的暂停与终止	0.1	报告	0.3
				协商承接	0.3
				指定承接	0.4
		电子认证服务机构及工作人员的法律责任	0.2	电子认证服务机构的法律 责任	0.5
工作人员的法律责任	0.5				



职业指导

《电子签名法》是我国信息化领域的一部重要法律, 确认了电子签名的法律效力, 为电子签名的推广应用奠定了基础, 是信息化和网络信任体系建设的重要法律依据。《电子签名法》实施两年来, 我国电子认证获得快速发展。截至 2014 年年底, 电子认证服务业整体产业规模达到 129.9 亿元, 同比增长 38%。其中, 软硬件市场规模为 98 亿元, CA 机构营业额为 30 亿元, 电子签名产品和服务市场规模为 1.9 亿元。我国有效数字证书在 2014 年达到 2.83 亿张,

其中个人证书约 2.53 亿张。各 CA 机构发放的数字证书已经覆盖了全国 31 个省、直辖市、自治区,其中华北、华南、华东、华中地区分布的数字证书数量较多,均在 4 000 万张以上。2014 年,我国有 1 531 万张数字证书应用在电子政务领域,包括税务、工商、组织机构代码、社保、行政审批、政府采购和招投标、公积金等,其中在税务中使用的数字证书量最多,占数字证书总数的 57.7%。未来 5 年,电子认证服务业将进入稳步发展的新阶段,到 2019 年电子认证服务业总体市场规模有望突破 400 亿元。同时,电子认证服务机构将加快资本运作,多数 CA 机构将开始启动在新三板、创业板等板块上市的进程。行业内部企业间的合作、行业整合加快,行业实力大幅提升。为此,既懂电子签名技术,又懂电子认证法律的人才成为电子认证部门及电子商务企业的急需人才。

3.1 电子签名法律制度概述

互联网在给予人们充分自由的同时,也不可避免地埋下了无序的祸根,其中电子签名是否真正具有实效就成为一个极具代表意义的例子。电子签名指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。但是因为传统介质中已经比较完善的法律和规章制度无法在数字化的环境中复制,而且由于一度缺乏电子签名、数据电文是否具有法律效力的明文规定,从而造成电子签名难以确保其应有效用。这使得一直备受非议的网络信用问题更为突出。



法律提示

第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于 2004 年 8 月 28 日通过《中华人民共和国电子签名法》,自 2005 年 4 月 1 日起施行。《电子签名法》是我国首部电子商务法律,为维护电子交易各方的合法权益,保障电子交易安全提供了必要的法律保证,为电子商务和电子政务发展创造了有利的法律环境。依照《电子签名法》,授权信息产业部(现为工业和信息化部)作为实施机关,对电子认证服务机构的设立实行许可制度,并依法对其实施监督管理。

3.1.1 数据电文、电子签名与电子认证的含义

在电子商务交易中,各种文件信息是通过网络以数据电文的形式进行发送、交换、传输和储存的。为了识别当事人的身份,保证数据电文内容的真实性、安全性和完整性,就应当借助于一种技术手段加以确定,这种确认方式即电子签名。为此,数据电文是电子签名的载体和确认内容,而电子签名是数据电文的安全、完整和可靠的保证。作为第三方的电子签名认证机构,通过给从事交易活动的各方主体颁发数字证书、提供证书验证服务等手段来保证交易过程中各方主体电子签名的真实性和可靠性。

1. 数据电文的概念与特征

数据电文,又称为电子信息、电子通信、电子数据、电子记录、电子文件等,一般是指通过电子手段形成的各种信息。该词最早在国际法律文件中出现是在1986年联合国欧洲经济委员会和国际标准化组织共同制定的《行政、商业和运输、电子数据交换规则》中。我国1999年的《合同法》也引入了该词汇。

(1) 数据电文的概念

我国《电子签名法》第二条明确界定数据电文的定义:数据电文,是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或储存的信息。数据电文具有高科技性、无形性、表现形式多样化和易破坏性等特性。

(2) 数据电文的特征

通过定义可以看出,数据电文具有以下特征。

① 数据电文使用的是电子、光学、磁手段或其他具有类似功能的手段。“类似功能的手段”,即“功能上等同”,这是我国电子签名立法上的前瞻性。考虑到信息技术的突飞猛进的发展,数据电文不仅可以适用于现有的通信技术,还可以适用于未来可预料的技术发展。

② 数据电文的实质是各种形式的信息。数据电文本身既是信息内容,同时又是信息载体。电子信息以数据电文的方式生成、发送、接收或储存。

2. 电子签名的概念与特征

在传统的交易过程中,为了保证交易安全,交易中的文件一般都要由当事人签字或盖章,以便能够确认签名人的身份,并保证签字或盖章的人认可文件的内容。当交易通过电子的形式进行时,传统的手写签字和盖章无法进行,必须依靠技术手段替代。这种在电子文件中识别交易人身份,保证交易安全的电子技术手段,就是电子签名。

(1) 电子签名和电子签名人

我国《电子签名法》借鉴了国际组织与发达国家对电子签名立法的研究成果,结合我国电子商务的实际情况,为电子签名下了较为严格的定义:电子签名,是指数据电文中以电子形式所含、所附,用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。通俗地说,电子签名包括用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的程序或符号、声音等数据,签名人加密后把签名文件发送给交易对方,交易对方收到的签名文件是一堆“乱码”,需解密后验证。

电子签名人(E-Signer),是指持有电子签名制作数据并以本人身份或以其所代表的人的名义实施电子签名的人。电子签名人可以通过两种方式签名:第一,用自己的电子签名制作数据实施电子签名;第二,委托他人,使用委托人的电子签名制作数据实施电子签名。毫无疑问,通过第一种方式进行电子签名时,签名人就是制作电子签名的人。通过第二种方式进行电子签名时,签名人是指签名制作数据指代的人,并不是指实施电子签名的人。

(2) 电子签名的特征

电子签名具有以下特征。

① 电子签名是以电子形式出现的数据。

② 电子签名是附着于数据电文的。电子签名可以是数据电文的一个组成部分，也可以是数据电文的附属，与数据电文具有某种逻辑关系，能够使数据电文与电子签名相联系。

③ 电子签名必须能够识别签名人身份并表明签名人认可与电子签名相联系的数据电文的内容。电子签名具有多种形式，如附着于电子文件的手写签名的数字化图像，包括采用生物笔迹辨别法所形成的图像；向收件人发出证实发送人身份的密码、计算机口令；采用特定生物技术识别工具，如指纹或眼虹膜透视辨别法等。

（3）电子签名的作用

电子签名在本质上是一种起着与传统签名功能相同的数据，确切地说，是指在数据电文中，用电子形式所含的或在逻辑上与该数据电文有联系的用于识别签名人的身份和表明签名人认可该数据电文内容的数据。在电子商务活动中，电子签名主要有以下三个作用。

① 证明文件的来源，即识别签名人。

② 表明签名人对文件内容的确认。

③ 电子签名是构成签名人对文件内容正确性和完整性负责的根据。电子签名与传统商务活动中的签名、盖章作用相同，具有同样的法律效力。

（4）与电子签名相关的概念

① 电子签名依赖方（E-Signature Dependence），是指基于对电子签名认证证书或电子签名的信赖从事有关活动的人。

当人们阅读数据电文时，要确认数据电文的制作人，人们首先会查验含在数据电文之中或附在数据电文之后的电子签名。根据电子签名技术的不同，这样的查验既可以直接进行，也可能需要通过查验与签名对应证书进行。查验通过后，确认数据电文内容可信，并根据数据电文的内容进行决策或行动的人，就是电子签名依赖方。

② 电子签名认证证书（E-Signature Certificate），是指可证实电子签名人与电子签名制作数据有联系的数据电文或其他电子记录。

有些电子签名是可以直观验证的，有些电子签名则不能直观验证。不能直观验证电子签名时，技术上必须提供一种方法，能把电子签名与电子签名人联系起来。数字签名便是这样的一种技术。数字签名技术通过一种数学运算，建立起唯一匹配的一对密钥，即公钥和私钥。把公钥与签名人的信息作为验证签名人身份的中介，私钥则是签名制作数据，通过公钥与私钥的特性，建立起电子签名人与电子签名制作数据之间的联系。记载了公钥和签名人（公钥持有人）信息的数据电文，就是电子签名认证证书。

③ 电子签名制作数据（Data），是指在电子签名过程中使用的，将电子签名与电子签名人可靠地联系起来的字符、编码等数据。

进行电子签名时，往往是通过一种程序和算法对数据原文进行运算，变换成与原文唯一对应并且方便查验的数据电文。这种对原文进行变换的程序和算法就是电子签名制作数据。

④ 电子签名验证数据，是指用于验证电子签名的数据，包括代码、口令、算法或公钥等。

可以直观获得并能将签名人鉴别出来的数据，就是电子签名验证数据。例如，数字签名技术中的公钥，通过公钥就可以找出电子签名人是谁。

3. 电子认证的概念与特征

为了证明电子商务交易有关各方身份的真实性与合法性,解决网络虚拟交易带来的信任问题,有关交易双方的身份必须由权威的第三方加以确认,该权威第三方就是电子商务认证机构。

电子签名可以依赖于很多技术来实现,有些电子签名可能并不需要认证。例如,一些以生物识别技术生成的电子签名,其直接依据签名人的生理特征就可以辨别电子签名的真伪。目前,各国电子商务或电子签名立法中确认的需要认证的电子签名一般指的是数字签名。数字签名是指通过使用非对称密码加密系统对电子记录进行加密、解密变换来实现的一种电子签名,目前它在各国的电子商务实践中得到了广泛的应用。作为第三方的数字签名认证机构,通过给从事交易活动的各方主体颁发数字证书、提供证书验证服务等手段来保证交易过程中各方主体电子签名的真实性和可靠性。

(1) 电子认证的概念

认证,是指由权威性的中立机构或第三人,在没有直接利害关系的情况下,对当事人提出的包括文件、身份、物品及其产地、品质等具有法律意义的事实与资格,经审查属实后,做出的证明。电子认证是认证的一种,是认证的现代方式。

① 电子认证的含义。电子认证是以电子认证证书(又称数字证书)为核心的加密技术,它以PKI(Public Key Infrastructure,公钥基础设施,即利用公钥理论和技术建立的提供网络信息安全服务的基础设施)技术为基础,对网络上传输的信息进行加密和解密、数字签名和签名验证。电子认证是电子政务和电子商务中的核心环节,可以确保网上传递信息的保密性、完整性和不可否认性,保证网络应用的安全性。

② 电子认证的特征。电子认证以其所具有的四大特性显示其在信息化应用中基础性、关键性的作用。

真实性:确保交流双方、交易双方身份的真实、信息内容的真实,以及交流信息交易时间发生的真实。

完整性:确保交流双方、交易双方的信息是完整的,没有被篡改和伪造过。

机密性:确保交换数据、电文、信息的隐蔽性。

不可否认性:一旦需要从第三方的角度,按照法律的要求取证,在整个交流交易的过程中,需要不可否认性。

电子认证的四个特征是支撑信息化应用的坚实基础。在信息化应用的过程中,进行网上聊天时可以不关心对方的身份、是否值得信赖,但如果是在网上开展商业活动,就要求对对方的身份及对方发出的信息的真实性加以确认,在这种情况下,电子认证就变得非常重要了。

(2) 电子签名和电子认证的关系

电子签名和电子认证都着力解决电子商务的安全问题,但两者却存在明显的区别。电子签名解决的是文件归属与身份辨别的问题,即交易者是谁的问题;电子认证解决的是签名者的可信度问题,即交易对方是否确实就是签署名字所代表的人,而且是由公正的第三方来保证签名者的身份。电子签名属于网络安全的技术保证,即从技术角度进行的身份认证;电子

认证则属于网络安全的制度保证,即从制度角度进行的身份认证。因此,电子签名是电子认证产生的前提条件,电子认证则是电子签名的有效保障,两者是既相互一致,又相互区别的关系。

(3) 电子签名认证证书

为了保证电子商务交易安全,加强身份认证,由电子认证机构颁发电子签名认证证书无疑是最为有效的办法。电子签名认证证书与电子认证机构是电子认证的两大核心要素。电子签名认证证书是身份(或站点)的数字证明,内含公钥,可以广为散发。该证书由一个权威的机构发放,并由该机构担保其有效性,该机构就是身份认证机构(Certificate Authority, CA),我国称为电子认证服务机构。

① 电子签名认证证书的概念。电子签名认证证书就是数字证书,是指可证实电子签名人与电子签名制作数据有联系的数据电文或其他电子记录,是电子认证的核心。通俗地讲,电子签名认证证书用来表明网络通信各方的真实身份,是由权威的、中立的第三方电子认证服务机构发行和管理的个人或单位在网络上的身份证。

相关知识

电子签名认证证书必须具有唯一性和可靠性。为了达到这一目的,需要采用很多技术来实现。通常,电子签名认证证书采用公钥体制,即利用一对互相匹配的密钥进行加密、解密。每个用户自己设定一把特定的仅为本人所有的私有密钥(私钥),用它进行解密和签名;同时设定一把公共密钥(公钥)并由本人公开,为一组用户所共享,用于加密和验证签名。当发送一份保密文件时,发送方使用接收方的公钥对数据加密,而接收方则使用自己的私钥解密,这样信息就可以安全无误地到达目的地了。通过数字的手段保证加密过程是一个不可逆过程,即只有用私有密钥才能解密。公开密钥技术解决了密钥发布的管理问题,用户可以公开其公开密钥,而保留其私有密钥。

② 电子签名认证证书的内容。

法律提示

根据我国《电子签名法》第二十一条规定:电子认证服务提供者签发的电子签名认证证书应当准确无误,并应当载明下列内容:电子认证服务提供者名称、证书持有人名称、证书序列号、证书有效期、证书持有人的电子签名验证数据、电子认证服务提供者的电子签名、国务院信息产业主管部门规定的其他内容。

③ 电子签名认证证书的类型。根据证书的持有者不同,电子签名认证证书可分为:个人电子签名认证证书和企业电子签名认证证书。

个人电子签名认证证书。包括:个人身份证书,用来表明和验证个人在网络上身份的书,它确保了网上交易和作业的安全性和可靠性,可应用于网上炒股、网上理财、网上保险、网上缴费、网上购物、网上办公等,个人身份证书可以存储在软盘或IC卡中;个人安全电子

邮件证书,可以确保邮件的真实性和保密性,申请后一般安装在用户的浏览器里,用户可以利用它来发送签名或加密的电子邮件。

企业电子签名认证证书包括:企业身份证书,用来表明和验证企业用户在网络上身份的证书,它确保了企业网上交易和作业的安全性和可靠性;企业安全电子邮件证书,可以确保邮件的真实性和保密性,申请后一般安装在用户的浏览器里,企业可以利用它来发送签名或加密的电子邮件。

④ 电子签名认证证书的作用。其有以下作用。

第一,对信息加以保密。交易中的商务信息均有保密的要求,如信用卡的账号和用户名被人知悉,就可能被盗用;订货和付款的信息被竞争对手获悉,就可能丧失商机。因此,在电子商务的信息传播中一般均有加密的要求。

第二,确定交易者的身份。网上交易的双方很可能素昧平生,相隔千里。要使交易成功必须先能够确认对方的身份,对商家来说要考虑客户端不能是骗子,而客户也会担心网上的商店是不是一个从事欺诈的黑店。因此,能方便而可靠地确认对方身份是交易的前提。对于为顾客或用户开展服务的银行、信用卡公司和销售商店,为了做到安全、保密、可靠地开展服务活动,都要进行身份认证的工作。对有关的销售商店来说,他们对顾客所用的信用卡的号码是不知道的,商店只能把信用卡的确认工作完全交给银行来完成。银行和信用卡公司可以采用各种保密与识别方法,确认顾客的身份是否合法,同时还要防止发生拒付款问题及确认订货和订货收据信息等。

第三,交易不可否认。由于商情的千变万化,交易一旦达成是不能被否认的,否则必然会损害一方的利益。例如,订购黄金,订货时金价较低,但收到订单后,金价上涨了,如果收单方否认收到订单的实际时间,甚至否认收到订单的事实,则订货方就会蒙受损失。因此,电子交易通信过程的各个环节都必须是不可否认的。

第四,交易内容不可修改。交易的文件是不可被修改的,如上例所举的订购黄金。供货单位在收到订单后,发现金价大幅上涨了,如果其能改动文件内容,将订购数1吨改为1克,则可大幅受益,那么订货单位可能就会因此而蒙受损失。因此,电子交易文件也必须做到不可修改,以保障交易的严肃和公正。

3.1.2 我国的《电子签名法》

电子签名、数据电文和电子合同的合法性问题已经成为我国发展电子商务的“瓶颈”问题之一。为了规范电子签名活动,消除电子商务和电子政务发展过程中的法律障碍,十届全国人大常委会第十一次会议于2004年8月28日表决通过《中华人民共和国电子签名法》(简称《电子签名法》),并于2005年4月1日开始实施,首次以立法的形式赋予可靠的电子签名与手写签名或盖章具有同等的法律效力,并明确了电子认证服务的市场准入制度。

《电子签名法》是我国第一部真正意义的电子商务领域的法律,是我国电子商务发展的里程碑,其颁布和实施对于改善我国电子商务的法制环境,促进安全可信的电子商务环境的建立,推动我国电子商务的发展具有积极的作用。

1. 我国《电子签名法》的基本框架

《中华人民共和国电子签名法》主要是针对我国电子商务发展中最为重要的一些法律问题,借鉴联合国及有关国家和地区有关电子签名立法的成功经验制定的。该法共五章三十六条,分别由总则、数据电文、电子签名与认证、法律责任和附则构成。该法的主要内容就是明确赋予电子签名与传统签名同样的法律效力、规定数据电文作为证据应具备的因素、电子认证服务实行市场准入制及对该领域的监管和各方的法律责任等。

2. 我国《电子签名法》的立法特点

我国《电子签名法》采用了联合国及其他一些国家电子签名法常用的立法技巧,既考虑了技术的发展趋势,同时也规避了复杂的技术问题,具有三个方面的特征。一是技术问题复杂,但法律问题相对简单。因为商务活动的绝大多数法律问题在传统法律中已经解决,所以电子签名法只需解决因商务活动信息载体的变化所涉及的法律问题,而这些问题大多只需采用“功能等同”的办法做出相应规定。二是具有很强的国际统一趋势。因为电子商务的显著优势就在于利用不受国界限制的全球性互联网络方便地进行网上交易,这就必然要求电子签名法律制度应当是国际统一的。三是采取了“技术中立”的立法原则,即法律只规定作为安全可靠的电子签名所应达到的标准,至于采用何种技术手段来实现这一标准,法律不做规定。

3. 我国《电子签名法》的适用范围

根据当事人意思自治原则,在民事活动中的合同或其他文件、单证等文书,当事人可以约定使用或不使用电子签名、数据电文。

电子签名、数据电文虽然以电子形式出现而与手写签名、书面文件不同,但是法律不应仅因为这一点而不承认其法律效力。只要符合法律规定的条件,电子签名、数据电文与手写签名、书面文件具有同等的法律效力。为此,当事人约定使用电子签名、数据电文的文书,不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。



法律提示

根据我国《电子签名法》第三条规定,电子签名不适用于如下领域:(一)涉及婚姻、收养、继承等人身关系的;(二)涉及土地、房屋等不动产权益转让的;(三)涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的;(四)法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。

4. 我国《电子签名法》颁布与实施的意义

我国《电子签名法》颁布与实施解决了司法实践中亟待回答的问题,扫除了电子商务活动中的障碍;为互联网从单纯的媒体时代过渡到全面应用时代奠定了基础:电子签名在电子商务及电子政务领域都发挥了重要作用;规范了网上交易行为,能有效地保护交易各方的合法权益;在与我国法律体制相容的前提下,初步完成了与世界电子商务立法的衔接,并具有一定的开放性,为今后日益增加的电子商务案例的解决提供了余地。

从 2005 年《电子签名法》颁布实施以来,很多领域都开始广泛使用电子签名,如网上银行、实体银行、电子政务、电子合同的签署及电信、银行营业厅等场所。随着信息化水平的不断提高,在政府部门实施一些经济、社会事务的管理中,也广泛采用电子手段,如电子报关、电子报税、电子年检,以及依据行政许可法规定采用数据电文方式提出行政许可申请等,这些也都涉及电子签名的法律效力问题,同样需要适用《电子签名法》的有关规定,而不必再另行单独制定法律。同时,考虑到经济、社会等方面的行政管理活动中使用数据电文、电子签名的特殊情况,需要授权国务院或国务院规定的部门依据本法制定政务活动和其他社会活动中使用电子签名、数据电文的具体办法。

3.2 数据电文的法律效力

传统的具有法律效力的文件必须依附于某种有形的介质,而在电子交易过程中,文件是通过数据电文的发送、交换、传输、储存来形成的,没有有形介质。为此,数据电文主要包括所有以无纸形式生成、储存或传输的各类电文。由于与传统载体不同,为了保证数据电文与传统文件的同等法律效力,我国《电子签名法》分别从书面形式、原件形式、文件保存、真实性判断、数据电文归属、收讫、发送和接收时间、地点等方面对数据电文的属性加以规定。

3.2.1 数据电文符合法定书面形式要求

我国诸多法律要求法律文件采用书面形式。例如,《中华人民共和国担保法》第十三条规定“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同”,《中华人民共和国仲裁法》第十六条则要求“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议”,《草原法》第十四条也要求“承包经营草原,发包方和承包方应当签订书面合同”。

相关链接

随着电子商务的飞速发展,国际国内的相应法律赋予数据电文以相应的法律效力。1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《合同法》第十一条规定:“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”

为此,关于数据电文是否符合法律、法规要求的书面形式,现在已经形成一种共识,即应当平等对待书面文件的用户和电子文件的用户。法律中的种种形式要件,如书面形式、签名、原件等要求,只不过是意思表示的形式。如果信息技术能提供一种同样有效的意思表示形式,就没有理由拒绝承认它在法律上的效力。

为了确定什么样的数据电文可以被视为满足书面形式要求,首先需要分析书面形式履行了哪些功能,然后确定数据电文需要采取什么形式,才能履行相同的功能。功能相同,则法律效力也应该相同。不可更改性是通过书面形式和签名两个要件共同实现的,并不是书面形式独有的功能。根据以上考虑,如果一项数据电文具有如下两项功能,即可认为具有与书面形式相同的功能:一是能够有形地表现所载内容;二是可以随时调取查用。这样的数据电文可以视为符合法律、法规要求的书面形式。

3.2.2 数据电文符合法定原件形式要求

1. 原件形式要求——能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用

在诉讼过程中,提供相应书面证据时,多要求以原件形式提供。《民事诉讼法》第六十八条确认了这一要求:“书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的,可以提交复制品、照片、副本、节录本。”这里的“原件”是指信息首次固定于其上的媒介物。

在电子商务交易中,数据电文无法按传统书面形式提供“原件”。因为只要数据电文通过网络传递,收件人所收到的总是“原件”的复制品;即便采用软盘、光盘之类的媒介物,收件人得到的信息也被认为是复制品。



法律提示

为了赋予数据电文以传统书面文件同样的法律效力,《电子签名法》依据功能等同原则,认为:如果数据电文能保证与书面文件具有同等程度的完整性,并能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用,那可以认为该数据电文满足法律、法规规定的原件形式要求。

2. 原件内容要求——内容保持完整、未被更改

数据电文能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。但是,应当将数据电文上增加背书及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化,与其他改动区别开。只要一份数据电文的内容保持完整,未被改动,对该数据电文作必要的添加并不影响其“原件”性质。假设一份数据电文是利用 Word 字处理软件编辑的.doc 文档,当它在 WPS 系统中显示时,其形式(如字体、字号、页面设置等)显然会发生变化,但这些变化并不影响该文档内容的完整性。

3.2.3 数据电文可以满足法律、法规规定的文件保存要求

1. 能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用

文件保存要求通常是为审计或税收目的提出的。因为文件保存要求必然要求文件是书面

形式的符合本条规定第一项条件的数据电文,就可以视为满足了“书面形式”要求。

2. 数据电文应能够准确表现原来生成、发送或接收的内容

强调了数据电文的完整性。这里规定的完整性可以通过两种方式予以保证:一是保持数据电文形式的高度一致,即数据电文的格式与其生成、发送或接收时的格式相同,形式相同的数据电文,其内容也必定相同;二是虽不能保证形式的同一,如果能保证内容的同一,仍然可以确认其完整性。实际上,在很多情形下,要求保证数据电文格式的同一性是难以实现的。因为如前所说,数据电文在储存、传递过程中,要经过一系列的自动解码、压缩或转换。一味地要求格式不变,与技术要求相悖。

3. 能够识别数据电文的发件人、收件人及发送、接收的时间

除了保存数据电文本身外,还能识别数据电文的来源,包括发件人、收件人以及发送、接收的时间等信息。这样规定是为了涵盖可能需要保存的所有信息。满足了这三项条件,即可视为满足了文件保存的要求。

3.2.4 数据电文作为证据使用时的可采性

1. 我国现行诉讼法列举的证据的种类

例如,《民事诉讼法》第六十三条规定:“证据有下列几种:(一)书证;(二)物证;(三)视听资料;(四)证人证言;(五)当事人的陈述;(六)鉴定结论;(七)勘验笔录。”《行政诉讼法》、《刑事诉讼法》也都做了类似的规定。由于这些法律明确列举的证据种类中没有数据电文,因此数据电文是否可以作为证据在法庭上出示,曾经引起争议。

2. 数据电文确定性的证据地位

根据证据学的一般理论,任何证据材料要作为认定事实的根据,必须具有三个特性:客观性、与待证事实的关联性及其合法性。

3.2.5 数据电文作为证据使用时的真实性判断

数据电文作为证据时的可采性,即可以在裁判活动中出示。裁判者在做出是否认同该证据材料的决定之前,还需要审查其证明力。我国《民事诉讼法》第六十三条第二款规定:“以上证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据。”所谓证明力,是指证据在证明待证事实上体现其价值大小与强弱的状态或程度。考察电子证据的证明力,就是要认定电子证据本身或电子证据与案件中其他证据一起能否证明待证事实,以及在多大程度上能够证明待证事实。

审查数据电文作为证据的真实性,一般可以从操作人员、操作程序、信息系统三者的可靠性方面入手。本条规定即是循着这样的一种分析思路。例如,在审查生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性时,可以审查数据电文是否由合法操作人员生成、储存、传递,是否经未经授权者侵入、篡改;数据电文是否严格按照操作程序来生成、储存、传递,有无违规故

动、删除；用以生成、储存、传递数据电文的信息系统是否稳定、可靠，是否容易招致非法侵入等。在判断保持内容完整性方法的可靠性，以及用以鉴别发件人方法的可靠性时，还需要对所用技术方法进行审查。例如，数字签名比单纯在文件上输入自己的姓名要可靠些，经过加密的数据电文比未经加密的数据电文更难于被他人篡改等。

3.2.6 数据电文的发送与接收

1. 数据电文的归属

(1) 数据电文的发件人

数据电文的发件人，即数据电文以其名义发送的那个人。应当注意的是，发件人不一定是实际完成发送行为的人。例如，数据电文上显示该数据电文是A发送的，但实际上这份数据电文可能是B遵照A的指示来发送的，或者冒用A的名义发送的。在这两种情况下，A仍然属于发件人。

(2) 数据电文可以视为发件人发送的几种情形

正如书面文件可能会被他人冒名签署一样，在电子环境下，也可能出现冒名发出的数据电文。如果谁是发件人不明确，或有争议，如何判断该数据电文的归属呢？通过本条确立的推定，在以下三种情况下，数据电文可以视为由发件人发送。这样，可以使法律关系变得稳定，有利于保护交易对方当事人的合理信赖。

① 代理。发件人如果明确授权他人发送一项数据电文，则成立一种代理关系。发件人为被代理人，被授权者为代理人。依据我国民法通则的规定，代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为，被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。如果未取得授权、超越授权或授权终止后发送数据电文的，只有经过发件人的追认，发件人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。如果发件人知道他人以本人名义发送数据电文而不做否认表示的，视为同意。但是，如果第三人知道行为人未取得授权、超越授权范围或授权已终止的，第三人不得根据此项认定数据电文归属于发件人。如果被授权者知道被委托的事项违法仍然进行代理活动的，或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的，由被代理人 and 代理人负连带责任。此外，在通过数据电文订立合同时，还应当遵循合同法的有关规定。行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未做表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式做出。代理人没有代理权、超越代理权或代理权终止以后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

② 发件人的信息系统自动发送数据电文。这在电子商务法中也叫作“自动交易”，这种信息系统也被称为“电子代理人”。在电子数据交换(EDI)中，这种情况很常见。下面以零售商与其上游供货商之间的电子数据交换为例来说明这种情况。零售商利用信息化手段管理其商品库存情况。当某种产品库存低于一定数量时，计算机即自动生成一项订货单，传送到供货商的信息系统中。由于实现自动化管理，订货单从生成、发送直到供货商的信息系统接

收到该订货单,都没有人为的介入。在这个例子中,该订货单是否有效?或者说,零售商是否要为这项由机器自动发出的订货单负责?回答是肯定的。因为既然计算机只能按照编程者的指令和信息来运行,计算机的控制者就应当为其自动交易负责。

③ 除了上述两种情况外,还有一种情况,数据电文也被视为发件人发送的,收件人按照发件人认可的方法对数据电文进行验证后结果相符的。发件人与收件人可以事先约定,如果收件人采用某种验证程序对所收到的数据电文进行验证后,验证结果表明该数据电文是发件人发出的,则收件人可以认定该数据电文归属于发件人。发件人也可以单方面认可该种验证程序,或者经过与中间人(如认证机构)的协议确定该验证程序,并同意凡符合该程序要求条件的数据电文,均承担受其约束的义务。在有些情况下,可能有人会盗用发件人的系统或签名生成数据等信息来发送数据电文。收到数据电文后,只要正确地使用了事先经发件人同意的验证程序来进行验证,收件人即有权视该数据电文为发件人发送。因为发件人有义务防止自己的系统或者有关信息被盗用。一旦发件人疏于这项义务,即应为其疏忽行为负责。当然,根据民法一般原则,如果收件人明知或应知所收到的数据电文不是发件人发送的,则收件人无权将该数据电文视为发件人发送的。如果发件人在知道他人冒用了自己的系统或有关信息后,立即对收件人发出通知告知这一情况,则收件人自知悉这一情况时起,不应继续将该数据电文归属于发件人。

出于民法上的当事人意思自治原则,当事方享有就他们的交易适用的规则在他们之间达成一致的权利。所以,当事人对前款规定的事项另有约定的,从其约定。

2. 数据电文确认收讫

(1) 确认收讫类似于邮政系统中的回执制度

确认收讫有两种情形:一种是强制性确认收讫,即法律、行政法规规定数据电文须经确认收讫。这种情形最有可能发生于电子政务活动中,立法者出于某种考虑,要求确认收讫。另一种是当事人约定数据电文须经确认收讫。在第二种情况中,还包括发件人要求确认收讫的情况。发件人可以在发送数据电文时或之前提出该要求,也可以通过该数据电文本身提出该要求。除了上述情形外,确认收讫不是数据电文产生法律效力的要件。

(2) 确认收讫方式

确认收讫可以有多种方式,如果发件人与收件人约定必须采用某种特定形式或方法确认收讫,或发件人单方面要求如此,则收件人应以该方式确认收讫。如果未约定特定方式,则收件人可以通过任何一种方式确认收讫,包括由其信息系统自动发出确认收讫函,只要该方式能明确表示该数据电文已经收到。有时发件人要求得到一项确认收讫,但并未明确表示在收到确认之前,该数据电文无效。如果在约定的时间内,未收到确认收讫,或者在没有约定时间的情况下,经过一段合理时间仍未收到确认收讫,发件人可以向收件人发出通知,说明并未收到确认收讫,并定出必须收到该项确认的合理时限。在该时限内仍未收到该项确认的,发件人可以通知收件人,将该数据电文视为从未发送。通过这样处理,可以使法律关系趋于明确、稳定的状态。

(3) 对于必须经过确认收讫的, 在收到确认之前, 数据电文可视为从未发送

发件人收到确认的, 可以推定有关数据电文已经由收件人收到。但这并不表明收件人收到的信息与发件人发送的信息相符。也不能将确认收讫理解为收件人对发件人做出的承诺。确认收讫是否可以视为承诺, 要视该确认收讫的具体内容而定。

3. 数据电文发送和接收时间

(1) 数据电文何时发出, 何时收到, 在法律上有着重要意义

以该数据电文发出的要约、承诺是否生效, 合同是否已经成立, 文件是否已按时递交给有关政府机构, 一宗贸易是什么时候完成的, 诸如此类的问题都与时间因素相关。我国《民事诉讼法》中规定的期间与发送时间有关: 诉讼文书在期间届满前交付邮寄的, 不算过期。《合同法》中就有许多规定与到达时间因素有关。例如, 要约到达受要约人时生效; 撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人; 撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人; 承诺通知到达要约人时生效, 承诺生效时合同成立; 撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人等。

(2) 数据电文的发送时间为该数据电文进入发件人控制之外的某个信息系统的时间

所谓“发件人控制之外的某个信息系统”, 既可以是收件人的信息系统, 也可以是某一中间人的信息系统。关于数据电文的接收时间, 本法采用了《合同法》的规定。收件人指定特定系统接收数据电文的, 数据电文进入该特定系统的时间, 视为该数据电文的接收时间。收件人指定的系统不一定是本人的系统, 一切以指定为准。如果数据电文实际上到达的是收件人的系统但并非所指定的那个系统, 一般以收件人检索到数据电文的时间为收到时间。收件人未指定特定系统的, 数据电文进入收件人的任何系统的首次时间, 视为该数据电文的接收时间。

这里所说的“进入”时间, 是指在该信息系统内可加以处理的时间, 至于收件人是否已经检索、读取该数据电文, 则非所问。正如邮件投入收信人邮箱时即认为已经送达, 而不论收信人是否开封阅知一样。如果数据电文未能进入收件人信息系统, 则不能认为该数据电文已经到达。

应当注意的是, 发件人和收件人可能利用的是同一系统。例如, 双方都是网易电子邮箱系统的用户, 并利用该系统的电子邮箱通信。这时, 接收时间为数据电文进入收件人指定或使用的, 并在其控制之下的信息处理系统的区域的时间。

4. 数据电文的发送地点和接收地点

(1) 发件人的主营业地为数据电文的发送地点, 收件人的主营业地为数据电文的接收地点

同发送和接收时间一样, 发送和接收地点也有很重要的法律意义。《合同法》规定, 承诺的生效地点为合同成立的地点; 《民事诉讼法》规定, 合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖。在冲突法中, 地点还影响到准据法的选择。

(2) 法律倾向于赋予那些与交易有密切联系的地点以法律意义

发件人的主营业地为数据电文的发送地点,收件人的主营业地为数据电文的接收地点,没有主营业地的,其经常居住地为发送或者接收地点。至于数据电文的实际发送和接收地点,即信息系统所在地,并不具有法律意义。因为信息系统所在地与交易本身没有关系,而且在很多情况下,不一定知道接收数据电文的那台服务器究竟放在哪里,或者根本就不在我们所在的国家或地区。网络技术的发达,使信息处理十分灵活方便。可以利用办公室的信息系统发送数据电文,也可以在全球任何一个接入网络的地方发送数据电文。无论何处接入网络,就交易来说,其功能都是一样的。

基于当事人意思自治原则,当事人对数据电文的发送地点和接收地点另有约定的,从其约定。

3.3 电子签名的法律效力

在传统交易中,交易文件一般都要由当事人签字或者盖章来确认签名人的身份,保证签字或者盖章的人认可文件的内容,以维护交易安全秩序。在电子商务中,交易文件以数据电文的形式进行时,无法采用传统的手写签字和盖章方式,必须依靠技术手段替代。这种在电子文件中识别交易人身份,保证交易安全的电子技术手段,就是电子签名。也就是说,电子签名就是证明数据电文的真实性和完整性的技术手段。

3.3.1 可靠的电子签名应当具备的条件

1. 专属性

电子签名制作数据是指在电子签名过程中使用的,将电子签名与电子签名人可靠地联系起来的字符、编码等数据。它是电子签名人在签名过程中掌握的核心数据。唯有通过电子签名制作数据的归属判断,才能确定电子签名与电子签名人之间的同一性和准确性。因此,一旦电子签名制作数据被他人占有,则依赖于该电子签名制作数据而生成的电子签名有可能与电子签名人的意愿不符,显然不能视为可靠的电子签名。

2. 可控性

这一项规定是对电子签名过程中电子签名制作数据归谁控制的要求。这里所规定的控制是指一种实质上的控制,即基于电子签名人的自由意志而对电子签名制作数据的控制。在电子签名人实施电子签名行为的过程中,无论电子签名人自己实施签名行为,还是委托他人代为实施签名行为,只要电子签名人拥有实质上的控制权,则其所实施的签名行为,满足《电子签名法》此项规定的要求。

3. 不可改动性

采用数字签名技术的签名人签署后,对方当事人可以通过一定的技术手段来验证其所收

到的数据电文是否是发件人所发出，发件人的数字签名有没有被改动。倘若能够发现发件人的数字签名签署后曾经被他人更改，则该项签名不能满足《电子签名法》此项规定的要求，不能成为一项可靠的电子签名。

4. 数据电文内容和形式的不可改动性

电子签名的一项重要功能在于表明签名人认可数据电文的内容，而要实现这一功能，必须要求电子签名在技术手段上能够保证经签名人签署后的数据电文不能被他人篡改。否则，电子签名人依据一定的技术手段实施电子签名，签署后的数据电文被他人篡改却不能够被发现，此时出现的法律纠纷将无法依据《电子签名法》予以解决。电子签名人的合法权益难以得到有效的保护。因此，要符合本法规定的可靠的电子签名的要求，必须保证电子签名签署后，对数据电文内容和形式的任何改动都能够被发现。



法律提示

一项电子签名如果同时符合上述四项条件，可以视为可靠的电子签名。

3.3.2 电子签名人的法律义务

电子签名制作数据是将电子签名与电子签名人可靠联系起来的重要手段。电子签名人应当妥善保管电子签名制作数据，一旦电子签名制作数据失密，他人有可能利用电子签名人的电子签名制作数据从事违法行为或者牟取非法利益，给电子签名人和电子签名依赖方造成损失。在实践中，电子签名制作数据的载体包括磁盘、光盘等，尽管这些载体在使用过程中需要加入电子签名人的安全指令才能启动，但是这些载体一旦丢失或者为他人窃取，则他人通过破解这些相对简单的安全指令就可以在互联网上以电子签名人的名义从事交易活动。与传统交易不同，网上交易过程中当事人之间往往并不见面，当事人之间主要凭借的是对方当事人的电子签名来验证和核实相互间的身份，电子签名制作数据的丢失会给不法分子提供可乘之机。因此，电子签名人应当妥善保管电子签名制作数据，防止丢失或者为他人所窃取，以免给自己和对方当事人造成不必要的损失。

即便电子签名人尽到妥善保管的义务，电子签名制作数据仍然存在泄密的可能。“知悉电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密”包含两层意思：一是电子签名人已经明确知道电子签名制作数据已失密。例如，电子签名人发现未经自己允许，有人在互联网上以电子签名人的名义从事商业活动。二是电子签名人知悉电子签名制作数据有可能已经失密。例如，电子签名人发现自己存放电子签名制作数据的磁盘丢失，在这种情况下，丢失的磁盘中的安全指令有可能被破译，电子签名制作数据有可能被他人用于非法活动。

**法律提示**

在以上两种情况下,依据《电子签名法》的规定,电子签名人应当做到以下两点:

一是立即停止使用电子签名制作数据。因为在电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密的情况下,电子签名人继续使用其电子签名制作数据有可能使电子签名依赖方更加难以确认电子签名的真伪,给交易安全带来更多的不确定性。

二是及时告知有关各方当事人,避免有关各方当事人因继续信赖电子签名人的签名而造成损失或者损失的进一步扩大。

3.3.3 电子签名人的法律责任

1. 电子签名人未履行法定义务的法律责任

电子签名人作为电子签名活动中的一方当事人,除了享有法律赋予的权利以外,还应当履行法律规定的义务。按照《电子签名法》规定,电子签名人应当妥善保管电子签名制作数据。电子签名人知悉电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密时,应当及时告知有关各方,并终止使用该电子签名制作数据。如果电子签名人未妥善保管电子签名制作数据,知悉电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密时,未及时告知有关各方,并终止使用电子签名制作数据,则可能使电子签名活动中的其他各方当事人因信赖所使用的电子签名制作数据而遭受损失,对于所造成的损失,电子签名人应承担赔偿责任。电子签名人向电子认证服务提供者申请电子签名认证证书,应当提供真实、完整和准确的信息。电子签名人由于提供的信息不真实、不完整、不准确,给电子签名活动的其他各方当事人造成损失的,应承担赔偿责任。电子签名人由于自己的过错给电子签名依赖方、电子认证服务提供者造成损失的,应承担赔偿责任。

联合国国际贸易法委员会《电子签字示范法》对于电子签名人也规定了类似本法规定的义务,按照示范法的规定,签名人知悉签名制作数据已经失密或者签名人知悉导致签名制作数据可能已经失密的重大风险情况时,应毫不迟疑地做出合理的努力,向签名人可以合理预计的依赖电子签名或提供支持电子签名服务的任何人发出通知。如果未满足以上要求,应承担由此引起的法律后果。按照民法通则的规定,公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。本条规定的承担民事责任的方式是赔偿损失。这是适用最广泛的一种责任形式。在我国法律上的赔偿损失,专指以金钱的方式赔偿对方的损失。侵犯财产权和侵犯人身权都可能发生这种责任。赔偿损失的民事责任,除法律有特别规定外,应当赔偿受害人的全部损失。损失除了包括财产的直接损失外,还包括间接损失,或者说可得利益的损失。

2. 伪造、冒用、盗用他人的电子签名的法律责任

网络的特点是公开、便捷、资源共享,极大地方便了各种人员在网上这个虚拟的空间自

由沟通,也有利于社会使用多种公共的或私人的服务,这无疑大大提高了人们的生活质量和经济效益。网络的发展带动了电子商务的发展。由于电子商务活动中,交易各方彼此不见面,这也为形形色色的违法犯罪行为提供了条件。伪造、冒用、盗用他人的电子签名,就是一种扰乱市场秩序,侵犯他人权益的行为;同时,这种行为也严重影响了电子交易的安全,法律对这些行为应当严厉制裁。伪造他人的电子签名,是指未经电子签名合法持有人的授权而创制电子签名,或者创制一个认证证书列明但实际并不存在用户的签名等。冒用他人的电子签名,是指非电子签名持有人未经电子签名人的授权以电子签名人的名义实施电子签名的行为。盗用他人的电子签名,是指秘密窃取并使用他人电子签名的行为。



法律提示

伪造、冒用、盗用他人电子签名,构成犯罪的,依法追究刑事责任。构成犯罪,主要是指构成《刑法》第二百八十条关于妨害国家机关公文、证件、印章的犯罪,伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的犯罪。构成该条的犯罪,必须具备以下条件:一是主观上是故意;二是客观上实施了伪造他人的电子签名的行为。对于构成犯罪的,依照《刑法》第二百八十条的规定,伪造、变造国家机关的公文、证件、印章的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑。伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。这里的“情节严重”,主要是指多次实施伪造他人电子签名的行为;造成政治影响很坏、经济损失很大等严重后果的。行为人在实施伪造电子签名等违法行为过程中,也可能利用计算机实施金融诈骗等的犯罪。即利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的。诈骗,主要是指以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取公私财物的行为。构成诈骗罪必须具备以下条件:一是行为人主观上应当是故意,而且具有非法占有公私财物的目的;二是诈骗公私财物数额较大。数额较大的具体数额,由司法机关根据各地的具体情况做出具体规定。对于构成诈骗罪的,依照《刑法》第二百六十六条的规定处罚。

给他人造成损失的,依法承担民事责任。民事责任,是指进行了民事违法行为的人在民法上承担的对其不利的法律后果。合法的民事权益受法律保护,如果受到他人的非法侵害,则需要给权利人以充分的法律救济,这就是民事责任制度。根据民事违法行为所侵害的权利不同,民事责任分为违约的民事责任与侵权的民事责任。本条所讲的民事责任,指的是侵权的民事责任。给他人造成损失的,应当承担民事责任。按照《民法通则》的规定,承担民事责任的方式主要包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等。对于所规定的承担民事责任的几种方式,可以单独适用,也可以合并适用。

3.4 电子认证的法律规定

3.4.1 电子认证机构的基本含义

“电子认证”是指《中华人民共和国电子签名法》所说的认证,其含义是特指为配合电子签名的使用,以电子认证服务机构为中心,由其依照法律规定审验电子签名使用人的身份、资格等属性,确保电子签名人与签名使用人之间唯一对应关系的法律制度。

我国为了规范电子认证服务行为,对电子认证服务提供者实施监督管理,根据《中华人民共和国电子签名法》和其他法律、行政法规的规定,2005年2月8日中华人民共和国原信息产业部制定了《电子认证服务管理办法》,该办法于2009年2月被废止。工业和信息化部于2009年对其重新制定并颁行(2015年4月修订)。

1. 电子认证服务及其机构

(1) 电子认证服务及服务者的定义

根据《电子认证服务管理办法》的规定,电子认证服务,是指为电子签名相关各方提供真实性、可靠性验证的活动。

电子认证服务提供者,是指为需要第三方认证的电子签名提供认证服务的机构。

(2) 电子认证服务及其机构

国际上电子认证服务机构的定义。联合国国际贸易法委员会在其《电子签名示范法》第一条定义中规定“认证服务提供商是指从事颁发证书或从事与电子签名相关活动的人”;在美国《犹他州数字签名法》中,将之定义为“颁布证书之人”;而在《犹他州认证政策》中将认证机构定义为“由公司商业司授予执照而进行认证发布活动的机构”。

我国《电子签名法》第十六条规定:电子签名需要第三方认证的,由依法设立的电子认证服务提供者提供认证服务。这里的电子认证服务提供者即电子认证服务机构,是指为电子签名人和电子签名依赖方提供电子认证服务的第三方机构。

电子认证服务机构主要是为了保证用户之间在网上传递信息的安全性、真实性、可靠性、完整性和不可抵赖性,而对用户的身份真实性进行验证,负责向电子商务的各个主体颁发并管理符合国内、国际安全电子交易协议标准的电子商务安全证书权威的第三方。

2. 电子认证服务机构的特性

(1) 权威性

一个认证机构必须具有权威性,否则其验证的电子签名或载有电子签名的文件将毫无公信力可言。为此,该机构必须具有法律授权,依法批准设立,并且在实际工作中依赖于认证机构本身的服务水平,成为值得客户信赖的认证机构。

(2) 可信性

由于使用了专业的技术,有专业的人员和专门的设备、设施、场所、资金,符合密码技

术方面的规范以及法律和法规要求的其他条件，认证机构的安全性和可信度得以保证。

认证机构掌握了众多授权个人或实体的隐私或机密资料，从职业守则而言，负有保密的职责。因此认证机构的工作人员应当具有良好的职业道德，忠于职守，保证信息不被泄露给任何非授权的个人或实体。同时，认证机构应当配备完善的安全设备，有效地防范黑客的非法入侵等。

（3）公正性

认证机构的职责在于提供为客户信赖的真实信息，故其所提供的各类信息必须真实、准确、完整、可靠，且应遵守法律及行业规则，严禁为客户提供虚假信息。为此，其必须是独立于交流双方、交易双方，绝不介入双方的利益，从而确保其认证的公正性。

3. 电子认证服务机构的职能

电子认证服务机构的职能包括以下内容。

（1）颁发证书

电子认证服务机构接收、验证用户（包括下级认证中心和最终用户）的电子认证证书的申请，将申请的内容进行备案，并根据申请的内容确定是否受理该证书申请。如果接受该证书申请，则进一步确定给用户颁发何种类型的证书。新证书用电子认证服务机构的私钥签名以后，发送到目录服务器供用户下载和查询。为了保证消息的完整性，返回给用户的所有应答信息都要使用认证中心的签名。

（2）更新证书

电子认证服务机构可以定期更新所有用户的证书，或者根据用户的请求来更新用户的证书。

（3）查询证书

证书的查询可以分为两类：一是证书申请的查询，电子认证服务机构根据用户的查询请求返回当前用户证书申请的处理过程；二是用户证书的查询，这类查询由目录服务器来完成，目录服务器根据用户的请求返回适当的证书。

（4）作废证书

当用户的私钥由于泄密等原因造成用户证书需要申请作废时，用户需要向电子认证服务机构提出证书作废的请求，电子认证服务机构根据用户的请求确定是否将该证书作废。另外一种证书作废的情况是证书已经过了有效期，电子认证服务机构自动将该证书作废。电子认证服务机构通过维护证书作废列表（Certificate Revocation List, CRL）来完成上述功能。

（5）归档证书

证书具有一定的有效期，证书过了有效期之后就将作废，但是不能将作废的证书简单地丢弃，因为有时可能需要验证以前的某个交易过程中产生的数字签名，这时就需要查询作废的证书。基于此类考虑，电子认证服务机构还应当具备管理作废证书和作废私钥的功能。

3.4.2 电子认证机构的设立

目前，各国电子商务或者电子签名立法中确认的需要认证的电子签名一般指的是数字签

名。数字签名是指通过使用非对称密码加密系统对电子记录进行加密、解密变换来实现的一种电子签名,目前它在各国的电子商务实践中得到了广泛的应用。作为第三方的数字签名认证机构,通过给从事交易活动的各方主体颁发电子签名认证证书、提供证书验证服务等手段来保证交易过程中各方主体电子签名的真实性和可靠性。为了保证电子认证的严肃性和公正性,我国《电子签名法》第十六条规定:电子签名需要第三方认证的,由依法设立的电子认证服务提供者提供认证服务。

1. 电子认证服务机构申请设立的条件

根据《电子签名法》和《电子认证服务管理办法》的相关要求,设立电子认证服务机构,提供电子认证服务,应当具备下列条件。

(1) 电子认证服务机构必须具有法人资格

企业法人是指具有符合国家法律规定的资金数额、企业名称、组织章程、组织机构、住所等法定条件,能够独立承担民事责任,经主管机关核准登记取得法人资格的社会经济组织。企业法人应具有以下特征:具备企业法人的法定条件,经核准登记成立;是从事营利性生产经营活动的经济组织;独立承担民事责任。电子认证服务机构必须是依法设立的企业,并具有独立的企业法人资格。

(2) 具有与提供电子认证服务相适应的专业技术人员和管理人员

电子认证服务提供者应当具有与提供电子认证服务相适应的专业技术人员和管理人员。提供电子认证服务是一项复杂的技术工程。仅从数字签名技术的实现来看,它运用了一系列复杂的加密算法。电子认证服务提供者在提供电子认证服务的过程中涉及多级认证和交叉认证等多种技术手段。这就需要有一批懂技术的专门人才从事电子认证服务工作,才能保障电子认证活动的开展。同时,作为权威的第三方认证机构,不仅应当具备可靠的技术条件,更重要的是在策略、管理、运营等诸多方面具备良好的条件,具有合格的管理人员也是电子认证服务提供者应当具备的一个重要条件。



法律提示

《电子认证服务管理办法》要求电子认证服务机构由下列人员构成:专业技术人员、运营管理人员、安全管理人员、客户服务,并且上述人员合计不少于30人。

(3) 具有与提供电子认证服务相适应的资金和经营场所

《电子认证服务管理办法》中规定电子认证服务机构注册资金不低于3000万元,因为具备必要的资金是电子认证服务提供者开展业务的前提条件,也是电子认证服务提供者承担法律责任的重要保证。由于提供电子认证服务对于安全性、保密性的要求较高,电子认证服务提供者相比较于一般企业,对经营场所的防火、防盗、防电磁辐射等方面的要求更高;并且还考虑到电子认证服务业本身还承担着一定的风险,应当有一定的赔付能力。

(4) 具有符合国家安全标准的技术和设备

电子认证服务提供者应当具有符合国家安全标准的技术和设备。国家为了保障信息技术产品的安全性,先后制定了一系列的国家标准。电子认证服务提供者在提供电子认证服务过

程中使用的技术和设备，应当符合国家已经制定的安全标准。

(5) 具有国家密码管理机构同意使用密码的证明文件

电子认证服务提供者提供电子认证服务应当具有国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。我国商用密码条例规定，商用密码技术属于国家秘密。国家对商用密码产品的科研、生产、销售和使用实行专控管理。任何单位或者个人只能使用经国家密码管理机构认可的商用密码产品。由于电子认证服务提供者在经营过程中必然要使用密码技术和密码产品，电子认证服务提供者必须具有国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。

2. 电子认证服务许可的申请与颁发

取得电子认证服务许可证书，即取得电子认证服务机构资格。根据《电子签名法》第十八条的规定：从事电子认证服务，应当向国务院信息产业主管部门提出申请。这里的国务院信息产业主管部门指工业和信息化部。

(1) 电子认证服务机构资格的申请

申请电子认证服务许可的，应当向工业和信息化部提交下列材料：

- ① 书面申请；
- ② 人员证明；
- ③ 企业法人营业执照副本及复印件；
- ④ 经营场所证明；
- ⑤ 国家有关认证检测机构出具的技术、设备、物理环境符合国家有关安全标准的凭证；
- ⑥ 国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。



相关链接

取得《电子认证服务许可证》之前应当依法取得国家密码管理局颁发的《电子认证服务使用密码许可证》。根据《电子认证服务密码管理办法》的规定，取得《电子认证服务使用密码许可证》应满足如下四个条件：具有符合《证书认证系统密码及其相关安全技术规范》的电子认证服务系统；电子认证服务系统由具有商用密码产品生产资质的单位承建；电子认证服务系统采用的商用密码产品是国家密码管理局认定的产品；电子认证服务系统通过国家密码管理局安全性审查。

(2) 审核与批准

① 审核。工业和信息化部对提交的申请材料进行形式审查。申请材料齐全、符合法定形式的，应当向申请人出具受理通知书。申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容。

工业和信息化部对决定受理的申请材料进行实质审查。需要对有关内容进行核实的，指派两名以上工作人员实地进行核查。工业和信息化部对与申请人有关事项书面征求中华人民共和国商务部等有关部门的意见。

② 审批期限。工业和信息化部自接到申请之日起四十五日内做出许可或者不予许可的书面决定。不予许可的，说明理由并书面通知申请人。准予许可的，颁发《电子认证服务许

可证》，并公布下列信息：《电子认证服务许可证》编号；电子认证服务机构名称；发证机关和发证日期。电子认证服务许可相关信息发生变更的，工业和信息化部应当及时公布。

③ 《电子认证服务许可证》的有效期。《电子认证服务许可证》的有效期为五年。



法律提示

电子认证服务机构不得倒卖、出租、出借或者以其他形式非法转让《电子认证服务许可证》。

④ 工商登记与信息公开。取得电子认证服务许可的电子认证服务机构，应当持《电子认证服务许可证》到工商行政管理机关办理相关手续，进行企业登记，依法办理确定主体资格的事项，才能开始电子认证服务活动。



法律提示

取得认证资格的电子认证服务机构，在提供电子认证服务之前，应当通过互联网公布下列信息：机构名称和法定代表人；机构住所和联系办法；《电子认证服务许可证》编号；发证机关和发证日期；《电子认证服务许可证》有效期的起止时间。

3.4.3 电子认证服务的内容

1. 电子认证服务机构的业务范围

根据我国《电子认证服务管理办法》规定，电子认证服务机构的业务范围包括：

- ① 制作、签发、管理电子签名认证证书；
- ② 确认签发的电子签名认证证书的真实性；
- ③ 提供电子签名认证证书目录信息查询服务；
- ④ 提供电子签名认证证书状态信息查询服务。

2. 电子认证业务规则的制定及备案制度

电子认证服务是专业性很强的活动，由电子认证服务提供者制定有关业务规则是合理的，也是符合实际的。当然，电子认证服务者不得制定损害电子签名人和电子签名依赖方利益的、不公平的“霸王条款”。为了防止这种情况的出现，《电子认证服务管理办法》规定了两项要求：一是电子认证服务者制定的电子认证业务规则要符合国家有关规定，并在提供电子认证服务前予以公布；二是电子认证业务规则要向国务院信息产业主管部门备案，以接受监督。

(1) 电子认证业务规则的主要内容

① 责任范围。电子认证服务提供者在提供认证服务过程中，由于未履行其应尽义务，尤其保证其签发证书的真实、可靠性的义务，既可能产生对电子签名人的责任，也可能产生对电子签名依赖方的责任。电子认证服务提供者与电子签名人（电子签名认证证书持有者）

是民事合同关系,电子认证服务提供者依照合同约定承担责任。电子认证服务提供者对电子签名依赖方的责任是基于法律规定而产生的,即两者是法律上的信赖关系,电子认证服务提供者对电子签名依赖方的法定义务是其承担责任的基础。同时也应当看到,电子认证服务是一个高风险的行业,既有内部风险又有外部风险,并且一旦发生风险往往会造成非常严重的后果。电子认证服务提供者在从事电子认证服务活动时当然应尽合理的注意义务,但在无过错的情况下,不应承担责任,而无过错的举证责任要由认证机构承担。这是因为电子认证服务提供者处于中立的第三方,其行为和信誉直接关系到电子签名人与电子签名依赖方的利益,且相对于电子签名人及电子签名依赖方又处于强势地位,一些国家均规定了较为严格的责任制度,并且设立了举证责任倒置的制度,即电子认证服务提供者如能证明其对于责任事项无任何过错方可免责。

② 作业操作规范。电子认证作业操作规范包括的内容非常广泛。如对电子签名认证证书申请身份审查的内容,提供相应的有效身份证件和审查流程;电子签名认证证书类别及证书申请、签发、撤销、更新等新的操作流程;以及信息公开的要求,主要是发布相关认证信息,如证书生效、失效等公开信息。

③ 信息安全保障措施。电子认证服务提供者是为互联网用户提供身份认证服务的。由于其负责接受证书申请、审核申请人身份、签发证书及管理证书等服务,与其他互联网服务提供商一样,电子认证服务提供者所提供的服务也面临着安全威胁,存在被攻击的可能,如非法入侵、植入病毒、窃取密钥等外部攻击。另外,认证系统内部也存在威胁,如内部工作人员的管理、机房的安全管理、软件的管理等。这些都需要制定具体的信息安全保障措施,防范风险。

(2) 备案制度

根据我国《电子签名法》第十九条的规定,电子认证服务提供者应当制定、公布符合国家有关规定的电子认证业务规则,并向国务院信息产业主管部门备案。



法律提示

我国《电子认证服务管理办法》规定:电子认证服务机构应当按照工业和信息化部公布的《电子认证业务规则规范》的要求,制定本机构的电子认证业务规则,并在提供电子认证服务前予以公布,向工业和信息化部备案。电子认证业务规则发生变更的,电子认证服务机构应当予以公布,并自公布之日起30日内向工业和信息化部备案。

3.4.4 电子认证过程中有关各方的义务性规定

1. 电子签名人和电子认证服务提供者的有关义务

(1) 电子认证服务机构在受理电子签名认证证书申请前的告知义务

根据我国《电子认证服务管理办法》规定,电子认证服务机构在受理电子签名认证证书申请前,应当向申请人告知下列事项:

- ① 电子签名认证证书和电子签名的使用条件;
- ② 服务收费的项目和标准;
- ③ 保存和使用证书持有人信息的权限和责任;
- ④ 电子认证服务机构的责任范围;
- ⑤ 证书持有人的责任范围;
- ⑥ 其他需要事先告知的事项。

(2) 电子签名认证证书申请过程中申请人的法定义务

根据我国《电子签名法》第二十条第一款的规定,电子签名人向电子认证服务提供者申请电子签名认证证书,应当提供真实、完整和准确的信息。

在电子认证关系中,电子签名人是电子认证服务提供者的客户,是接受电子认证服务的一方。电子签名人除了应履行一般的支付费用义务外,还应当履行一些与电子认证服务关系的特性相应的义务。电子签名人申请电子签名认证证书,要承担起保证所提供的信息的真实性、准确性和完整性的义务。诚实信用义务最直接的表现是真实陈述的义务,即真实陈述电子认证服务提供者颁发证书时要求其提供的事项。这是电子签名人在申请证书时所应当履行的基本义务,因为其身份、地址、营业范围、证书信赖等级的真实陈述,是证书可信赖性产生的前提,否则将构成对证书体系信赖性的损害,应承担相应的法律责任。

(3) 电子签名认证证书申请过程中电子认证服务提供者的有关义务

根据我国《电子签名法》第二十条第二款的规定,电子认证服务提供者收到电子签名认证证书申请后,应当对申请人的身份进行查验,并对有关材料进行审查。

该条款主要规定了电子认证服务提供者的谨慎审核义务,要求电子认证服务提供者在收到电子签名认证证书申请后,对申请者所提交的有关材料的真实性,应当谨慎地加以审核,因为证书的发布、信赖方的信赖都依赖于对这些材料真实性的审查。另外,还要严格查验申请人的身份。这些都是为了保证其所发放的证书具有可靠的权威性和信任度。对个人电子签名认证证书申请者,电子认证服务提供者一般要求其提供个人的姓名、个人身份证的原件以及复印件、身份证号、联系电话、住址、通信地址、邮政编码、电子邮箱等个人资料;对单位电子签名认证证书申请者,除对具体的经办人要求提供上述个人资料外,还要求提供申请单位资料,如单位名称、单位所属行业类别、单位地址、单位注册号码、单位组织机构代码、单位电子邮箱、电话、传真、单位有效证件的原件与复印件等资料。

2. 电子签名认证证书内容要求

(1) 对电子认证服务提供者签发的电子签名认证证书的质量要求

电子签名认证证书是电子认证服务提供者签发的用以证明证书持有人的电子签名、身份、资格及其他有关信息的电子文件,它是电子交易当事人在互联网上从事电子商务活动的身份证和通行证。在电子商务交易中互不认识的双方当事人用其证书证明各自签名的真实性,可以在双方之间建立相互信任的基础。因此,电子签名认证证书不仅具有证明电子签名的真实性与完整性的作用,还可以为交易当事人提供身份及从事交易的资格、权限等方面的证明。基于电子签名认证证书的重要作用,电子认证服务提供者签发的电子签名认证证书应当准确

无误,否则就可能产生损害电子认证、电子交易的后果,影响电子签名认证证书的权威性和信任度。

(2) 电子签名认证证书的内容

根据我国《电子认证服务管理办法》的相关要求,电子认证服务机构所提供的电子签名认证证书的内容应包括:

- ① 电子认证服务提供者名称。
- ② 证书持有人名称。
- ③ 证书序列号。
- ④ 证书有效期。
- ⑤ 证书持有人的电子签名验证数据。
- ⑥ 电子认证服务提供者的电子签名。
- ⑦ 国务院信息产业主管部门规定的其他内容。

此外,电子认证服务提供者还可以根据实际需要载明其他内容,如载明证书的种类与等级等信息。

3. 电子认证服务提供者有关保证义务的规定

电子认证服务提供者最重要的任务就是制作、发放和管理电子签名认证证书,所以其首要义务就是保证认证证书的真实性、完整性和准确性,即所发放认证证书的公共密钥同某个确定身份的人是一一对应的,以保证发放的证书具有可靠的权威性和信任度。电子认证服务提供者要保证发布的认证信息及时可靠,这其中还包括要让有关当事人能够随时证实证书申请人所拥有的身份证、许可证或者营业执照等关系该人行为能力的文书或者证件的效力。为此,我国《电子签名法》第二十二条规定:“电子认证服务提供者应当保证电子签名认证证书内容在有效期内完整、准确,并保证电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关事项。”

在国际上,有关电子认证服务提供者有关保证义务的规定更严格。联合国国际贸易法委员会《电子签字示范法》对此做出了更具体的规定,要求验证服务提供商应当采取合理谨慎措施,确保其做出的有关证书整个周期或需要列入证书内的所有重大表述均精确无误和完整无缺。



法律提示

要提供合理可及的手段,使依赖方得以从证书中证实下列内容:

- ① 验证服务提供商的身份;
- ② 证书中所指明的签字人在签发证书时拥有对签字生成数据的控制;
- ③ 在证书签发时或之前签字生成数据有效。

要提供合理可及的手段,使依赖方得以在适当情况下从证书或其他方面证实下列内容:

- ① 用以鉴别签字人的方法;

- ② 对签字生成数据或证书的可能用途或使用金额上的任何限制;
 - ③ 签字生成数据有效和未发生失密;
 - ④ 对验证服务提供商规定的责任范围或程度的任何限制;
 - ⑤ 是否存在签字人发出通知的途径;
 - ⑥ 是否提供了及时的撤销服务, 要使用可信赖的系统、程序和人力资源提供其服务。
- 验证服务提供商如未能满足上述要求应承担相应责任。

4. 妥善保存认证信息及保存期限

电子签名人向电子认证服务提供者申请电子签名认证证书, 应当提供真实、完整和准确的信息。这些信息涉及的面比较广, 既可能包含申请人的个人隐私, 也可能涉及申请人的商业秘密, 如果这些信息被泄露, 可能会损害电子签名人的利益。因此, 我国《电子签名法》要求电子认证服务提供者妥善保存与认证相关的信息的义务, 并规定信息保存期限至少为电子签名认证证书失效后五年。

如果电子认证服务提供者违反上述规定, 由国务院信息产业主管部门责令限期改正; 逾期未改正的, 吊销电子认证许可证书, 其直接负责的主管人员和其他直接责任人员十年内不得从事电子认证服务。

3.4.5 电子认证服务提供者的业务的暂停与终止

电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的, 将会影响到相关方的利益, 因此我国《电子签名法》第二十三条要求应当在暂停或者终止服务九十日前, 就业务承接及其他有关事项通知有关各方。此外, 电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的, 还应当履行以下义务。

1. 报告

电子认证服务提供者应当在暂停或者终止服务六十日前向国务院信息产业主管部门报告, 使其了解情况。

2. 协商承接

电子认证服务提供者除在法定期限内向国务院信息产业主管部门报告外, 还要与其他电子认证服务提供者就业务承接进行协商, 协商达成一致意见的, 对业务承接事项做出妥善安排。

3. 指定承接

电子认证服务提供者未能就业务承接事项与其他电子认证服务提供者达成协议的, 应当申请国务院信息产业主管部门安排其他电子认证服务提供者承接其业务。

对于电子认证服务提供者被依法吊销电子认证许可证书的, 其业务承接事项的处理按照国务院信息产业主管部门的规定执行。

3.4.6 电子认证服务机构及工作人员的法律責任

1. 电子认证服务机构的法律責任

(1) 电子认证服务提供者因过错给电子签名人或者电子签名依赖方造成损失承担赔偿责任

电子签名人或者电子签名依赖方因依据电子认证服务提供者提供的电子签名认证服务从事民事活动遭受损失，电子认证服务提供者不能证明自己无过错的，应承担赔偿责任。

① 由于电子商务的开放性，交易各方不相识、不了解，彼此不信任，因而不具备达成交易所必需的信任基础。这在客观上就需要一个既为各方所信任，又具备专业技能，同时又管理严格的机构。于是，电子认证服务便应运而生。电子认证是一种用于确定一个人的身份或者特定信息真实性的程序。对于一个数据电文，认证涉及确定其来源及确定其在传送过程中没有被修改或替换。也就是特定的机构对电子签名及其签署者的真实性进行验证的过程。电子认证的主要功能就是对内防止否认，对外防止欺诈。而且从事电子认证业务的电子认证服务提供者是具备法律规定的条件，依法设立并经国务院信息产业主管部门予以许可的。正是基于对电子认证服务提供者的信任，民事活动中的电子签名人、电子签名依赖方才会信赖电子认证服务提供者颁发的电子认证证书。如果电子签名人或者电子签名依赖方自己本身没有任何过错，只是由于信赖电子认证服务提供者提供的服务，依据电子认证服务提供者提供的电子认证服务而遭受损失的，电子认证服务提供者应当承担赔偿责任。

② 电子认证服务提供者如果不能证明自己无过错的，承担赔偿责任。也就是说，如果电子认证服务提供者能够证明自己没有过错，则不承担赔偿责任。在通常情况下，对原告提出的事实，是由原告先举证，只有原告尽到了自己的举证责任，被告予以反驳，才由被告对反驳意见提供证据并加以说明。本条规定的是举证责任倒置，即对原告提出的侵权事实，电子认证服务提供者如果予以否认，则应负举证责任，证明自己没有过错。对于这一规定，在审议修改过程中存在两种意见。一种意见认为，电子认证服务提供者所提供的认证服务，对于民事活动中的交易安全起着至关重要的作用，如果由于电子认证服务提供者的原因使电子签名人或者电子签名依赖方遭受损失，电子认证服务提供者应当承担严格责任，无论是否有过错。另一种意见则认为，电子认证服务作为一项新兴的产业，且对电子交易的安全又是必不可少的，因此，应当对这一行业以鼓励为主，大力扶持，不应规定过于严格的法律责任。且电子认证服务属于高风险的行业，规定的民事责任过于严格，可能会不利于这一行业的发展。立法机关经过认真研究，认为该条现在的规定，对于电子认证服务提供者是合适的。既没有因为规定过严，而阻碍电子认证服务业的发展，也没有过宽，使电子签名人或者电子签名依赖方对电子认证服务提供者产生不信任。本条规定电子认证服务提供者承担举证责任，即只要电子认证服务提供者能够证明自己对于电子签名人或者电子签名依赖方所遭受的损失没有过错，就不承担责任。而对于电子认证服务提供者来讲，只要能够证明其所提供的服务完全是严格按照本法和符合国家规定，并向国务院信息产业主管部门备案的电子认证业务规则实施的，则应能够证明没有过错。

③ 电子认证服务提供者应当制定、公布符合国家有关规定的电子认证业务规则,并向国务院信息产业主管部门备案。电子认证业务规则应当包括责任范围、作业操作规范、信息安全保障措施等事项。按照目前一些电子认证服务提供者制定的电子认证业务规则的规定,电子认证服务提供者承担赔偿责任实行的是限额赔偿,且各个电子认证服务提供者所制定的电子认证业务规则有所不同,对于责任范围规定的也不同。多数是根据电子认证证书申请者的性质以及所收费用的不同而有所不同。

(2) 未经许可提供电子认证服务应承担的法律责任



法律提示

对于未经许可提供电子认证服务的,应当承担以下行政责任:

① 责令停止违法行为。即由国务院信息产业主管部门责令违法行为人停止提供电子认证服务的行为。由于电子认证服务涉及民事合同有关各方的交易安全,为了使电子签名人以及电子签名依赖方免受损失,国务院信息产业主管部门一旦发现未经许可从事提供电子认证服务的行为,应当立即责令违法行为人停止违法行为。

② 对于有违法所得的,没收违法所得。这里讲的违法所得,是指由于非法提供电子认证服务行为而获得的全部经营收入。

③ 违法所得三十万元以上的,对其处以罚款。罚款,是指有行政处罚权的行政机关强制行为人承担金钱给付义务,即在一定期限内交纳一定钱款的处罚形式。按照本条规定,行使行政处罚权的机关是国务院信息产业主管部门。即由国务院信息产业主管部门对违法行为人处以罚款。罚款的幅度为违法所得一倍以上三倍以下。

④ 没有违法所得或者违法所得不足三十万元的,处十万元以上三十万元以下的罚款。

(3) 电子认证服务提供者暂停或者终止电子认证服务未按规定报告的法律责任

电子认证服务提供者暂停或者终止电子认证服务,未在暂停或者终止服务六十日前向国务院信息产业主管部门报告的,由国务院信息产业主管部门对其直接负责的主管人员处一万元以上五万元以下的罚款。

① 电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的,应当在暂停或者终止服务六十日前向国务院信息产业主管部门报告,并与其他电子认证服务提供者就业务承接事项进行协商,做出妥善安排。由于认证机构的业务涉及公众利益,是一般交易的基础条件,其业务的终止不能像一般的营利性企业一样,而是应当建立使其营业持续进行的机制,即业务承接。因此,要求电子认证服务提供者按照本法的规定向国务院信息产业主管部门报告,就是为了保证这种业务的持续,及时报告便于国务院信息产业主管部门及时做出安排,保护用户的权益。电子认证服务提供者如果拟暂停或者终止电子认证服务,没有在暂停或者终止服务六十日前向国务院信息产业主管部门报告,则构成本条的违法行为,应依照本条规定承担法律责任。

② 对于有本条规定的违法行为,由国务院信息产业主管部门对其直接负责的主管人员

处一万元以上五万元以下的罚款。本条规定的实施行政处罚的机关是国务院信息产业主管部门。本条规定的处罚对象是电子认证服务提供者的直接负责的主管人员。这里讲的“直接负责的主管人员”，是指在单位违法行为中负有直接领导责任的人员，包括违法行为的决策人，事后对单位违法行为予以认可和支持的领导人员，以及由于疏忽管理或放任，因而对单位违法行为负有不可推卸的责任的领导人员。本条规定的行政处罚的种类是罚款。罚款的幅度是一万元以上五万元以下。

（4）电子认证服务提供者违法行为应承担的法律责任

电子认证服务提供者不遵守认证业务规则、未妥善保存与认证相关的信息，或者有其他违法行为的，由国务院信息产业主管部门责令限期改正；逾期未改正的，吊销电子认证许可证书，其直接负责的主管人员和其他直接责任人员十年内不得从事电子认证服务。吊销电子认证许可证书的，应当予以公告并通知工商行政管理部门。

① 电子认证服务提供者应当制定、公布符合国家有关规定的电子认证业务规则，并向国务院信息产业主管部门备案。电子认证业务规则，是电子认证服务提供者制定的，用于约束电子认证服务提供者以及电子签名人、电子认证证书的信赖者的业务声明。各方当事人必须遵守，特别是认证服务提供者。如果电子认证服务提供者不遵守认证业务规则的规定，就构成了本条规定的违法行为。如按照某电子认证服务提供者制定的电子认证业务声明的规定，电子认证服务提供者应当对认证证书申请者的身份进行鉴别，如必须检查文件的复印件，包括工商执照、组织机构代码、税务登记等。认证服务提供者可以通过查询第三方数据库或咨询相应的政府机构等方式，来对申请者及其申请材料进行验证。如果电子认证服务提供者对申请者所提供的材料没有进行验证，就会影响认证证书的真实性与安全性，构成本条规定的违法行为。应依照本条规定承担法律责任。

② 电子认证服务提供者应当妥善保存与认证相关的信息。这是本法对电子认证服务提供者规定的一项义务。与认证相关的信息涉及电子签名人的一些个人资料，还要保证电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关事项，电子认证服务提供者应当采取有效的措施予以保存，如应采取物理安全保障措施，免遭恶劣环境或者突发事件等的破坏。如果未妥善保存信息，不能确保这些信息在规定的期限内满足查阅的需要。则构成本条的违法行为，应承担相应的法律责任。

③ 国务院信息产业主管部门有权制定电子认证服务业的具体管理办法。电子认证服务提供者对于国务院信息产业主管部门依法制定的电子认证服务业管理办法必须遵守，如果未遵守就构成本条规定的其他违法行为，也应依照本法规定追究其法律责任。



法律提示

按照本条规定，电子认证服务提供者不遵守认证业务规则、未妥善保存与认证相关的信息，或者有其他违法行为的，首先由国务院信息产业主管部门责令限期改正。即责令违法行为人在规定的期限内纠正违法行为。如果电子认证服务提供者在规定的期限内未纠正违法行为，则由国务院信息产业主管部门吊销电子认证许可证书。这是

比较严厉的处罚。这里讲的“吊销许可证书”,是指有关行政执法机关依法取消经营单位从事经营活动的合法凭证。即由国务院信息产业主管部门取消有违法行为的电子认证服务提供者所取得的许可从事电子认证服务的合法凭证,剥夺有违法行为的电子认证服务提供者从事电子认证服务的资格。同时,要对电子认证服务提供者的直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以资格罚。即在十年内不得从事电子认证服务。这里讲的“其他直接责任人员”,是指直接实施单位违法行为的人员。对于吊销电子认证许可证书的,国务院信息产业主管部门应当予以公告。公告应当在大众媒体上,目的是让广大用户都能知晓,避免造成不必要的损失。在公告的同时,还应当通知工商行政管理部门。由工商行政管理部门吊销违法行为人的营业执照。

2. 工作人员的法律责任

依照我国《电子签名法》负责电子认证服务业监督管理工作的部门的工作人员,不依法履行行政许可、监督管理职责的,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。负责电子认证服务业管理工作的部门的工作人员,不依法履行行政许可、监督管理职责的,应当承担相应的法律责任。



案例与思考 电子签名法第一案:手机短信证据

2004年8月末,韩某给杨先生发短信借钱应急,短信为:“我需要5 000元,刚回北京做了眼睛手术,不能出门,你汇到我卡里。”杨先生随即将钱汇给了韩某。一周后,韩某再次以短信方式向杨先生借款6 000元。因都是短信来往,两次汇款杨先生都没有索要借据,只保留该短信内容及汇款单据。此后,因韩某一直没提过还款的事,并又多次向杨先生借款。为此,杨先生产生了警惕,多次向韩某催要,未果。于是,杨先生在北京市海淀区法院提起诉讼,要求韩某归还其11 000元钱,并以银行汇款单存单两张及相关短信作为证据。但韩某拒不承认借款事实的存在。

法院审理认为,依据2005年4月1日起施行的《中华人民共和国电子签名法》的规定,经法院对杨先生提供的移动电话短信信息生成、储存、传递数据电文方法的可靠性、保持内容完整性、方法的可靠性、用以鉴别发件人方法的可靠性进行审查,确认了该移动电话短信信息内容的真实性。根据证据规则的相关规定,录音录像及数据电文可以作为证据使用,但数据电文直接作为认定事实的证据,还应有其他书面证据相佐证。法院一审判决对杨先生要求韩某偿还借款的诉讼请求予以支持。

本案是我国电子签名法实施后,法院依据电子签名法裁判的第一起案例,意义重大,意味着我国的电子签名法真正开始走入司法程序,数据电文、电子签名、电子认证的法律效力得到了根本的保障。通过电子签名法的实施,基本上所有与信息化有关的活动在法律的层面都有了自已相应的判断标准。

思考: 1. 电子签名与数据电文是否具有法律效力?

2. 我国《电子签名法》有何特点?

自测题

一、单选题

1. 我国《电子签名法》所指的电子签名人是指()。
A. 持有电子签名制作数据并以本人身份实施电子签名的人
B. 电子认证服务提供者
C. 电子签名依赖方
D. 使用可靠电子签名的人
2. 我国电子签名立法采用了()。
A. 技术特定性的立法模式
B. 技术中立性的立法模式
C. 折中型的立法模式
D. 先综合立法再分别立法的模式
3. 证书持有人的义务, 不包括()。
A. 真实陈述的义务
B. 私人密钥控制义务
C. 私钥失密及时通知义务
D. 证书暂停、撤销、终止义务
4. 下列不属于电子认证服务的监管模式的是()。
A. 强制性许可制度
B. 非强制性许可制
C. 注册制度
D. 行业自律
5. 我国的电子签名属于()。
A. 广义的电子签名
B. 狭义的电子签名
C. 数字签名
D. 可靠电子签名

二、多选题

1. 我国《电子签名法》规定, 电子签名不适用的文书有()。
A. 涉及婚姻、收养、继承等人身关系的
B. 涉及土地、房屋等不动产权益转让的
C. 涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的
D. 涉及金融、保险合同的
2. 电子认证机构所提供的服务内容主要包括()。
A. 制作、签发、管理电子签名认证证书
B. 确认签发的电子签名认证证书的真实性
C. 提供电子签名认证证书目录信息查询服务
D. 提供电子签名认证证书状态信息查询服务
3. 根据我国《电子认证服务管理办法》第二十九条规定, 电子认证服务机构可以撤销其签发的电子签名认证证书的情形有()。
A. 证书持有人申请撤销证书

- B. 证书持有人提供的信息不真实
 - C. 证书持有人没有履行双方合同规定的义务
 - D. 证书的安全性不能得到保证
4. 在()情况下,数据电文可以视为发件人发送。
- A. 经发件人授权发送的,数据电文可以视为发件人发送
 - B. 电文以发件人名义发送的
 - C. 发件人的信息系统自动发送的
 - D. 收件人按照发件人认可的方法对数据电文进行验证后结果相符的
5. 电子签名认证证书的作用是()。
- A. 信息的保密性
 - B. 交易者身份的确定性
 - C. 不可修改性
 - D. 不可否认性

三、判断题

- 1. 我国电子认证立法先于实践,立法过程明显的特点就是地方先于国家。()
- 2. 电子签名人因依据电子认证服务提供者提供的电子签名认证服务从事民事活动遭受损失,电子签名人不能证明电子认证服务提供者存在无过错的,不能要求其承担赔偿责任。()
- 3. “电子签名”完全等同于“数字签名”。()
- 4. 可靠的电子签名的法律效力仍然不及手写签名或者盖章具有法律效力。()
- 5. 能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式。()

四、简答题

- 1. 电子签名的特征是什么?
- 2. 我国《电子签名法》的适用范围?
- 3. 我国《电子签名法》的立法有何特点?
- 4. 电子认证服务机构的法律责任有哪些?

实训题

利用画图工具,修改照片中的文字,以了解数据电文的易篡改性。

操作步骤如下:

- (1) 单击“开始”|“程序”|“附件”|“画图”。
- (2) 单击“文件”菜单中的“打开”命令,并找到自己要修改的照片。
- (3) 在编辑区找到与照片上文字背景相同或相近的图案,单击“选定”图标(左侧工具箱的“小方框”),复制该背景,并进行粘贴。将粘贴到编辑区左上角的背景覆盖到要修改的

文字上（可小块选定，多次粘贴）。

（4）使用“文字”工具在图片中输入文字。将字体覆盖后，单击“文字（或文本）”图标（左侧工具箱的“A”），然后在工具箱正下方的选项框中，单击“背景样式”。在颜料盒中单击“颜色”，然后在图片中单击并输入文字。可以调整文本框的大小，移动文本框以及更改字体、字体大小和文本格式，直到单击其他工具或者在文本框之外的图片区域中单击为止。

（5）保存该画图。

小组任务

1. 小组组成及任务

案例：“电子签名签订房屋买卖合同纠纷案”。

任务：法庭模拟审理“电子签名签订房屋买卖合同纠纷案”。

团队：全班学生分成3个组，第一组为原告，第二组为被告，第三组为法官、书记员和陪审员。

2. 要求

各团队准备相应诉讼材料，在法庭模拟审理本章引导性案例时完成并体会相应角色。同时熟悉并掌握相应法律知识。

要求学生准备《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国电子签名法》。

第一组原告杨先生准备材料：模拟短信（注明模拟字样），制作银行汇款单存单两张（注明模拟字样），借助网络写出起诉书。

第二组被告韩某准备材料：借助网络书写答辩状，找出不还款的理由。

第三组（法官、书记员和陪审员）审查证据，并借助网络，写出判决书。

第 4 章

电子支付法律制度



引导性案例

网银纠纷频发 急需规范治理

支付宝、余额宝引起了人们对网上银行理财的热情，然而在使用中也是纠纷频发。据不完全统计，2013 年以来，各地法院受理的因网上银行支付误操作引发的纠纷和与网上银行有关的网络诈骗犯罪案件逐年增多，受害者往往因一个微小的失误或一念之差而造成很大的损失。

案例一

2013 年 12 月，某贸易公司向无锡某金属制品厂订购一批钢带，过了付款期限，金属制品厂仍然没有收到货款，询问后才发现，钱被打到了其他公司的账户上。原来贸易公司会计在使用网银支付货款时，没有核对清楚收款单位，把 35 万元货款误汇给了曾经有过业务往来的厂名相似的另一家钢材厂。当贸易公司向误收款的钢材厂讨要这笔钱时，对方却一再拖延。贸易公司向银行求助，银行工作人员表示，由于网银操作的特殊性，他们也爱莫能助。2014 年 2 月，贸易公司向法院起诉，要求钢材厂返还不当得利。诉讼中，钢材厂承认两家单位已经有两年没有业务往来，所以收到贸易公司的这笔钱款应该是对方误操作，但是已将此款他用，目前无法归还。法院经审理后认为，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失方。贸易公司对其主张的误付款事实已提供证据予以证实，钢材厂对此亦认可，据此，法院依法判决钢材厂返还人民币 35 万元。

案例二

2013 年 3 月，大学生顾某在玩网络游戏“地下城与勇士”时，发现游戏页面经常弹出小喇叭广告，称充值购买游戏币有优惠。顾某想起自己的游戏币快用完了，便进入广告上公布的“充值网站”链接，按照提示步骤操作。当顾某通过网银支付了 300 元后，却没有收到游戏币，对方称支付平台出了问题，需要联系“客服”解决问题。随后，“客服”便以“首次充值需缴纳保证金”、“保证金被银行冻结需充值解冻”、“游戏级数不够需升级 VIP”等理由要

求顾某继续充值。尽管还是没有拿到游戏币,但得到承诺后,顾某还是不断地向该网站充值,没想到却越陷越深,花光了一学期的生活费 9 800 元。更蹊跷的是,当顾某向对方说实在拿不出钱时,这个网站连同所有的联系人便立刻在网上“消失”了。此时,顾某方才意识到受骗了,连忙报警。据被告人张某和王某向警方交代,该“钓鱼”网站是专门花钱请人制作的,发布在游戏页面上误导游戏玩家,已有多人受骗。法院经审理认为,被告人张某、王某通过互联网发布虚假信息,骗取公民财物,数额较大,已构成诈骗罪,分别被判处有期徒刑一年,并处罚金 2 000 元。



本章学习目标

1. 掌握电子支付与网上银行的概念。
2. 掌握电子支付法律关系的主体与内容。
3. 理解电子支付法律责任的承担方式。
4. 熟悉第三方支付法律。



能力指标解析表

电子支付法律制度

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子支付概述	0.2	电子支付与电子支付系统	0.2	电子支付与电子支付系统	1
		电子银行	0.4	电子银行的概念	0.2
				网上银行的概念与特征	0.2
				网上银行的种类	0.2
				我国网上银行的现状	0.2
				网上银行的模式	0.2
		电子支付法律关系	0.4	电子支付法律关系的概念和特征	0.3
国内外电子支付的立法状况	0.2	国外电子支付立法现状	0.5	电子支付法律关系的主体	0.3
				电子支付法律关系的内容	0.2
				电子支付各方承担法律责任的方式	0.2
		我国电子支付立法现状与发展前景	0.5	美国	0.3
				欧盟	0.4
电子银行法律制度	0.3	电子银行的设立与运行	0.3	其他国际组织	0.3
				现状	0.5
				发展前景	0.5
				电子银行业务的内容	0.3
				电子银行设立与运行的法律依据	0.4
				电子银行的申请与变更	0.3

续表

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
		电子银行的风险管理	0.3	风险的制度控制	0.4
				风险的设施控制	0.4
				其他风险控制	0.2
		电子银行的法律责任	0.4	安全隐患及违规操作的法律责任	0.4
				擅自开办与变更业务的法律责任	0.2
				协助处理义务	0.2
				轻微安全隐患的处理	0.2
第三方支付法律制度	0.3	第三方支付的含义	0.4	第三方支付的含义	1
		第三方支付与平台内部交易的关系	0.3	第三方支付与平台内部交易的关系	1
		电子支付指引中的第三方支付法律	0.3	电子支付指引中的第三方支付法律	1



职业指导

随着社会和经济技术的进一步发展,人们对电子商务的理解逐渐成熟。与此同时,电子商务的核心内容之一的电子支付也得到了更多人的关注。在实际应用中所采用的电子支付方式主要有以下几种:银行卡直接转账模式、第三方平台结算支付模式、电子现金支付模式、信用卡 SSL 支付模式、信用卡 SET 支付模式。以上的电子支付方式有它们各自的特点及其适用范围。其中第三方支付平台结算支付模式以其安全、快捷等优势正逐渐发展成为目前电子商务中广为采用的一种支付方式。目前电子支付平台已经越来越趋向于一个金融系统,专业化分工越来越细,对技术的需求面很广。电子支付行业的人才需求在某种程度上是对多个行业人才的组合,以技术岗位为例,金融、电信、保险、中间件厂商等行业的核心系统研发和维护人才都是电子支付行业不可或缺的。2008 年以来,我国的网络银行、第三方支付及 P2P 网络借贷等互联网金融模式的交易规模得到了快速发展。其中,网络银行的交易额由 2008 年的 285.4 万亿元迅速增加到了 2014 年的 1 549 万亿元。第三方支付的交易额也由 2009 年的 3 万亿元快速增长到了 23 万亿元左右,期间虽由于市场渐趋饱和,增速有所下降,但也达到了 18.6% 以上。P2P 网络借贷的交易额则由 1.5 亿元快速增长到了 3292 亿元,期间增速甚至均达到了 200% 左右。以第三方支付工具与基金合作形式于 2013 年 6 月 5 日上线的余额宝产品至 2014 年年底,其用户则已达到了 1.85 亿户,总规模则达到了 5 789.36 亿元。截至 2015 年 12 月 31 日,余额宝的累计用户规模达 2.6 亿,余额宝规模增至 6207 亿元。支付宝招聘的职位涉及程序设计、网站运营、金融结算等多方面,其中技术类岗位数量就占了一半,需求量最大的还是 Java 开发工程师、测试工程师、数据仓库等。

4.1 电子支付概述

随着电子商务的发展,电子支付的有效性和安全性越来越成为电子商务顺利发展的一个关键问题,成为整个电子商务活动中最核心、最关键的环节和基础条件,也是交易双方实现各自交易目的的重要保证。近年来,我国的电子支付发展非常迅速,新兴电子支付工具不断出现,电子支付交易量不断提高,逐步成为我国零售支付体系的重要组成部分。但电子支付过程中所出现的问题也越来越多,交易安全成为交易各方十分关注的问题。因此,电子商务的蓬勃发展迫切要求就电子支付活动的业务规则、操作规范、交易认证方式、风险控制、参与各方的权利义务等予以法律规范,从而防范支付风险,维护电子支付交易参与者的合法权益,确保银行和客户资金的安全,保障电子交易活动的顺利进行。

4.1.1 电子支付与电子支付系统

电子支付是指单位和个人(以下简称客户)直接或授权他人通过电子终端发出支付指令,实现货币支付与资金转移的行为。这里的“电子终端”,是指客户可用以发起电子支付指令的计算机、电话、销售点终端、自动柜员机、移动通信工具或其他电子设备。为此,电子支付的类型包括网上支付、电话支付、移动支付、销售点终端交易、自动柜员机交易和其他电子支付。

电子商务支付系统是电子商务系统的重要组成部分,它指的是消费者、商家和金融机构之间使用安全电子手段交换商品或服务,即把新型支付手段[包括电子现金(E-Cash)、信用卡(Credit Card)、借记卡(Debit Card)、智能卡等]的支付信息通过网络安全传送到银行或相应的处理机构,来实现电子支付。

电子支付,一般情况下是指B2C电子商务模式下的支付方式,所以电子支付系统的基本构成要素是消费者、在线企业、在线银行、认证中心、信用卡公司。

相关链接

图解第三方支付业务流程(以银行卡支付为例),具体支付操作流程如图4.1所示。

- ① 网上消费者浏览商户检索网页并选择相应商品;
- ② 下订单达成交易;
- ③ 随后,在弹出的支付页面上,网上消费者选择具体的第三方支付平台,直接链接到其安全支付服务器上,在第三方支付页面上选择合适的支付方式,点击后进入银行支付页面进行支付;
- ④ 第三方支付平台将网上消费者的支付信息,按照各银行支付网关技术要求,传递到相关银行;
- ⑤ 由相关银行(银联)检查网上消费者的支付能力、实行冻结、扣账或划账,并将结

果信息回传给第三方支付平台和网上消费者;

- ⑥ 第三方支付平台将支付结果通知商户;
- ⑦ 接到支付成功的通知后, 商户向网上消费者发货或提供服务;
- ⑧ 各个银行通过第三方支付平台与商户实施清算。

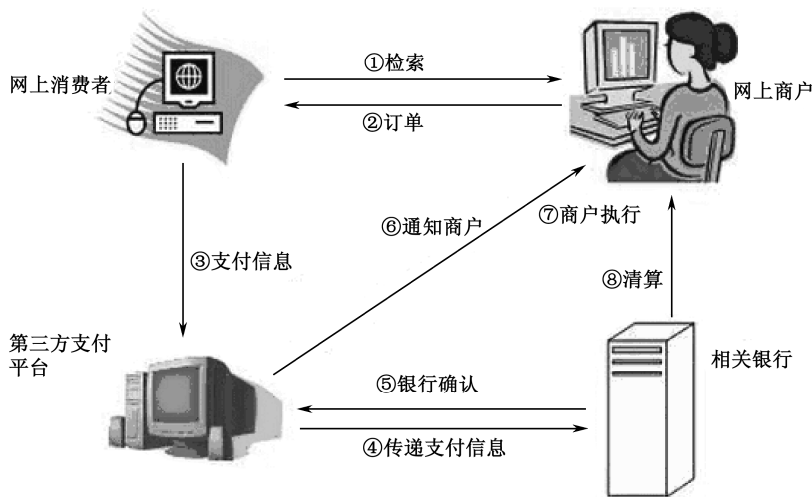


图 4.1 支付操作流程

电子支付各基本构成要素之间的相互关系及具体运作过程如下。

为了保证交易的安全性, 需要有一个认证机构对电子支付系统的基本构成要素[消费者、在线企业(网上商店)、在线银行、信用卡公司]的身份进行认证。

消费者以合法的身份进入在线企业(网上商店)的主页, 浏览商品。

消费者选定商品, 并选择支付方式, 如信用卡、电子支票、电子货币等。

在线企业(网上商店)的客户服务器检查支付方服务器, 确认支付金额是否可靠, 并在确认后给客户发货。

消费者的开户银行将支付款传递给消费者的信用卡公司, 信用卡公司负责发给消费者收费清单。

4.1.2 电子银行

1. 电子银行的概念

电子银行是指商业银行等银行业金融机构利用面向社会公众开放的通信通道或开放型公众网络, 以及银行为特定自助服务设施或客户建立的专用网络, 向客户提供的银行服务方式。



法律提示

电子银行业务包括利用计算机和互联网开展的银行业务(网上银行业务),利用电话等声讯设备和电信网络开展的银行业务(电话银行业务),利用移动电话和无线网络开展的银行业务(手机银行业务),以及其他利用电子服务设备和网络,由客户通过自助服务方式完成金融交易的银行业务。

2. 网上银行的概念与特征

(1) 网上银行的概念

网上银行是电子银行的一种形式。网上银行(Internetbank or E-bank),包含两个层次的含义,一个是机构概念,指通过信息网络开办业务的银行;另一个是业务概念,指银行通过信息网络提供的金融服务,包括传统银行业务和因信息技术应用带来的新兴业务。在日常生活和工作中,人们所提及的网上银行,更多是第二层次的概念,即网上银行服务的概念。

为此,网上银行严格的定义为:网上银行又称网络银行、在线银行,是指银行利用互联网技术,通过互联网向客户提供开户、销户、查询、对账、行内转账、跨行转账、信贷、网上证券、投资理财等传统服务项目。可以说,网上银行是在互联网上的虚拟银行柜台。

(2) 网上银行的特征

① 使用简便。用户只要有一台接入互联网的计算机就可以了。用户上网后,根据网络银行网页的显示,用鼠标单击所需要的柜台或服务项目按钮,就可以按照提示进入自己所需的业务项目。网上银行的运行完全是数字化、电子化,不需要任何人工参与,可以提供每周七天、每天24小时的全天候、不间断的服务。

② 服务多样化。目前客户的需求越来越多样化,网上银行是面对个人的经营方式,可以处理用户提出的各种要求。

③ 使用成本低廉。一方面,客户使用网上银行,实现“人在家中坐,钱从网上来”的梦想。客户只要坐在家中可以上网,就可以与自己的银行打交道。这样大大节省用户的交通、等待与信息获取等时间,减少了银行服务的中间环节,大大降低了成本。另一方面,银行可以节省建立传统经营网点的投资,同时通过网上交易,又可以大大节省交易费用。据资料分析,网上银行经营网上业务的经营成本只相当于经营收入的15%~20%,而普通银行的经营成本却占收入的60%。



相关链接

中国金融认证中心(CFCA)在电子银行年会上发布的《2014中国电子银行调查报告》显示,中国电子银行业务连续五年呈增长趋势,2014年个人电子银行用户比例为43.1%,同比增长7.2%。中国人民银行科技司司长王永红在会上表示,2015年为移动金融的普及年,移动金融正在重构电子银行的发展格局。

移动支付作为电子渠道的重要支付方式,在2014年发展势头非常迅猛。数据显示,2014年移动支付用户比例成倍上涨,尤其是远程支付,远程支付2013年的用户比例为13.3%,2014

年达到 37.8%。交易额方面,逾五成用户月支付额在 300~1000 元之间。

3. 网上银行的种类

网上银行业务系统包括个人网上银行、企业网上银行、网上支付等功能模块。

(1) 个人网上银行

个人网上银行的服务功能包括:① 查询,通过网上个人银行可以进行相应账户的“余额查询”、“明细查询”、“交易查询”、“交易积分查询”、“日志查询”等多种信息查询;② 转账汇款,网上个人银行可实现多种账户之间的转账汇款;③ 缴费支付,网上个人银行提供在线缴纳手机费、固话费、水电煤气费、学费等多种费用的缴付服务;④ 网上支付,只要拥有储蓄卡、准贷记卡或贷记卡就可以在各大电子商务网站上购买商品或服务。另外,网上个人银行还提供信用卡、公积金、支票通、外汇买卖、银证业务、债券业务、基金业务、黄金业务、理财产品、账户设置和个性化客户服务功能。

(2) 企业网上银行

企业网上银行主要功能包括:① 查询,查询企业存款账户的余额信息、查询企业存款账户的明细交易记录信息、下载企业存款账户明细进行财务分析;② 资金划转,包括主动付款、主动收款、经过对方授权可以主动收取国内中国建设银行其他机构企业客户的资金、实现银行账户之间资金调拨实时到账、实现网上批量代发工资、实现企业电子商务组建网上商城;③ 资金管理,包括对下级单位账户进行实时监控、对下级单位账户的资金进行定时定额定余额零余额等各种方式的自动归集、对自有账户资金对外支付时间进行预先定制、集团理财功能为集团客户建立网上结算中心;④ 财务内控管理,具体为财务人员根据职责分配不同的角色和权限、不同额度转账流程控制、集团理财功能为集团客户建立网上结算中心。

(3) 网上支付

网上支付系统为客户提供了网上消费支付结算服务,从而实现真正网上购物的目的。

4. 我国网上银行的现状

(1) 招商银行(<http://www.cmbchina.com>)

1997 年 4 月,招商银行正式建立了自己的网站,成为国内第一家上网的银行。1998 年 2 月推出网上银行“一网通”。1999 年 9 月 6 日,招行率先在全国启动网上银行业务,与中国邮电电信总局、中国南方航空公司和新浪网在北京签订了电子商务全面合作协议。2001 年 3 月,招行进一步推出了具有世界较先进水平的网上银行的个人银行专业版 v2.0。据人民网报道,作为中国网上银行先行者的招商银行,截至 2001 年 5 月份,网上银行企业客户达 2 万户,涉及交易金额达 1 万亿元。

(2) 中国银行(<http://www.bank of china.com>)

中国银行于 1999 年 6 月正式推出网上银行系列产品,又在 2000 年 5 月 15 日率先开通通过有线电视提供网上银行服务的业务——“家居银行”。“家居银行”是在有线电视视讯宽带网的基础上,以电视机与机顶盒为客户终端实现联网、办理银行业务。目前“家居银行”的服务对象主要包括使用广州地区中国银行电话银行及申请了广东视讯宽带网的用户,下一

步将逐步推广到其他地区用户。“家居银行”已经逐步建立由企业银行、个人银行、网上证券、网上商城、网上支付组成的较为完善和成熟的网上银行服务体系。

(3) 中国建设银行 (<http://www.ccb.com>)

1999年8月4日中国建设银行正式推出网上银行服务。建设银行的网上银行服务采用了国际标准的身份认证系统和最先进的安全加密技术,保证了网上交易的安全。截至2001年6月末,建行网上银行已覆盖中国115个大中城市,网上银行客户已达5万户,月平均交易笔数、交易金额分别为5.6万笔和2400万元。

(4) 中国工商银行 (<http://www.95588.com>)

中国工商银行拥有810万个工商业企业账户,与4万多户企业保持着长期良好的合作关系,结算业务量占全国金融系统的50%以上。中国工商银行为适应电子商务的蓬勃发展,于2000年陆续开通北京、上海、天津、广州、深圳、厦门等30多个城市推出网上银行业务。

(5) 中国农业银行 (<http://www.95599.cn>)

中国农业银行在网上银行建设方面起步较晚,但也已实现了零的突破。2000年5月,农行广东省分行与以家庭上网、企业上网和政府上网为切入点,创出“网上自由人”这一新业务品牌。为了保证网上金融服务的客户上网的方便,广东农行首创了一种“用银行账户直接上网”的新的金融服务,实行上网费实时扣交。2000年12月18日,上海农行推出95599在线银行,其服务功能包括:一是业务服务功能;二是增值服务功能;三是信息服务功能。业务功能包括自动语音服务、人工坐席服务、网上银行服务和传真服务。这项服务体现了农行“以市场为导向、以客户为中心、以科技为支撑”的价值观念,也是农行的金融电子化进程步入一个崭新的发展阶段的重要标志。

5. 网上银行的模式

目前,关于网上银行的模式主要有以下几种。

(1) 传统银行业务的网络化

现在进入网络银行服务范围的主要有网络化的存款、汇款、付款等业务以及外币买卖、信用卡业务、企业融资、房屋汽车贷款、购买保险和理财咨询服务等。世界上许多著名的商业银行(如花旗银行、大通曼哈顿银行、汇丰银行、美洲银行)以及我国的各大银行(如工商银行、中国银行、招商银行、建设银行等),都已经进行了银行业务的网络化改造工作,网络银行的服务范围越来越广,而且,几乎所有规模较大的商业银行都在国际互联网上建立了自己的站点。

(2) 独立的虚拟网络银行

全球第一家完全通过国际互联网经营的独立银行是美国的安全第一网络银行,该银行没有银行大厅和营业网点,顾客通过国际互联网进入该行的站点,屏幕即刻显示出一幅银行大厅的画面,画面上设有“账户设置(Account Setup)”、“客户服务(Customer Service)”和“个人财务(Personal Finance)”三个主要服务柜台。此外还有供客户查询的“咨询台(Information)”和“行长(President)”等柜台。安全第一网络银行为客户提供的银行服务主要有:开户、存款、支付账单及各项转账服务以及外币买卖、长期存款和信用卡服务;客户还可以在网络上

申请房屋汽车贷款、购买保险、通过经纪人员买卖各项金融产品。银行每天会产生一次交易汇总表供客户查询及核对。如需提取现金,只要到附近的取款机利用金融卡操作即可。安全第一网络银行自开始营运以来,发展迅速,每月客户以 650 人的速度快速增长,然而该行的银行业务人员仅有 15 人。安全第一网络银行的股票上市当天便翻了一番,由每股 20 美元飙升到 41 美元。



相关链接 支付宝首推移动证书支付盾

坐拥 1.1 亿用户、国内最大的第三方支付平台支付宝 2009 年 2 月 28 日宣布推出移动安全证书产品——支付盾,以确保支付宝用户账户使用便利并且安全。据介绍,与很多网上银行 U 盾一样,支付盾类似于 U 盘,通过内置的微型智能卡处理器,“支付盾”免除了用户备份和导入数字证书带来的烦恼,用户只要插入支付盾,在任何计算机上使用支付宝处理资金业务都将得到最好的安全保护。这也是国内首次由第三方支付平台推出的 U 盾产品,也是目前所有 U 盾中极少数符合国内《电子签名法》要求的产品。今后,用户使用支付盾进行充值、交易等操作就相当于支付宝和用户都对操作进行了签名,具有完全的法律效力。如果发生纠纷,用户进行具有法律效力的举证将会非常容易。这也是支付宝在“3·15”之际为保障消费者权益进行的又一大尝试。资料显示,截至 2008 年 11 月,支付宝的用户数已经达到 1.1 亿。2015 年年底,余额宝的累计用户规模达 2.6 亿,余额宝规模增至 6207 亿元。

4.1.3 电子支付法律关系

1. 电子支付法律关系的概念和特征

电子支付法律关系是指在电子商务活动中,由电子商务交易活动事实引起的,当事人双方在电子支付方面所产生的权利义务关系。

电子支付法律关系是随着电子交易活动的出现而出现的一种新型的法律关系,由于其交易方式的不同,与一般意义上的民事法律关系相比,电子支付法律关系具有以下特点。

(1) 电子支付法律关系是以电子商务法律规范为前提

电子支付是电子商务活动的重要组成部分,电子支付法律关系是在电子商务活动中形成的。而电子商务法律规范是调整一切电子商务活动的行为准则,没有电子商务法律规范的调整,电子支付法律关系就无法形成。

(2) 电子支付法律关系是平等主体之间的权利义务关系

在电子支付法律关系中,虽然涉及多方主体,但各主体之间的法律地位是平等的,依法平等地享有权利并承担法定义务。

(3) 电子支付法律关系是电子支付主体真实的意思表示

电子支付法律关系的成立要求电子支付当事人具有真实的意思表示,任何以欺诈、胁迫或乘人之危等背离电子支付当事人真实意思的行为,都不能形成电子支付法律关系。

(4) 电子支付法律关系是由法律强制力予以保障的社会关系

电子支付法律关系虽然是由电子计算机自动完成的,但其本质上是一种由人所参与的社

会关系,因此,为保证国家的金融秩序,国家必须以法律的强制力来保证电子支付法律关系。

(5) 电子支付法律关系是多种具体法律关系的综合

在一个完整的电子支付活动中,一般需要四方当事人参加,即付款人、收款人、网络银行和电子认证服务机构。这些当事人之间的法律关系具体包括:付款人与收款人之间由商品买卖合同所规定的债权债务关系;付款人与电子支付指令银行之间的电子支付合同关系;收款人与电子支付收款银行之间是一般金融服务合同关系;付款人、收款人和电子支付银行与电子认证服务机构之间的电子证书服务合同关系。

2. 电子支付法律关系的主体

电子支付法律关系的主体即电子支付法律关系的当事人,是在电子商务法律关系中,依法享有商务交易结果的权利和承担电子支付义务的自然人、法人或其他组织。

电子支付法律关系的基本当事人为客户,即付款人和收款人,而付款人和收款人完成电子支付还必须有两个重要的第三人,即网上银行和认证机构提供服务才能完成。因此,在电子支付实践中,电子支付法律关系的当事人可以分为用户、网上银行和电子认证机构。

(1) 用户

电子支付法律关系中的客户包括自然人、法人或其他组织。电子支付的自然人是指达到法定民事责任年龄,能够以自己的名义进行电子支付活动,依法享有电子支付权利、承担电子支付义务,能够发出电子资金或接收电子资金并能够独立承担电子支付责任的公民;电子支付的法人是指依法能够以自己的名义进行电子支付活动,享有电子支付权利、承担电子支付义务,能够发出电子资金或接收电子资金的国家机关、企事业单位、社会团体等;电子支付的其他组织是指在电子支付法律关系中,依法享有电子支付权利、承担电子支付义务但不具有法人资格的社会实体。

在电子支付法律实践中,电子支付法律关系中的客户具体包括付款人和收款人。

① 付款人。在电子支付活动中付款人通常是买方或消费者。付款人其与商家、银行间存在两个相互独立的合同关系,一是消费者与商家订立的买卖合同关系,二是消费者与银行间的金融服务合同关系。

② 收款人。在电子支付活动中收款人通常是卖方或商家。同样也存在两个相互独立的合同关系,一是与消费者的买卖合同关系,二是与银行的金融服务合同关系。

(2) 网上银行

在电子支付系统中,参与电子支付活动的银行可同时扮演发送银行和接收银行的角色,完成信用中介、支付中介和结算中介等方面的金融服务。电子支付活动也可以由两个或两个以上的金融机构承担。发出电子支付指令的付款方客户的开户银行为“发送行”;收款人的开户银行为“接收行”,接收人未在银行开立账户的,电子支付指令确定的资金汇入银行为“接收行”,在发送行和接收行以外,有资格从事接收、传送电子支付指令或有关电子支付数据交换的机构为“转发行”。

(3) 电子认证机构

电子认证机构是电子支付法律活动中的重要支付主体。电子认证机构是指为电子签名人

和电子签名依赖方提供电子认证服务的第三方机构。电子认证服务机构为参与电子商务各方的各种认证要求提供证书服务,以确认支付各方的真实身份。它不仅要对进行电子交易的买卖双方负责,还要对整个电子商务交易秩序负责。另外,买卖双方又有义务接受认证机构的监督管理。在我国,电子认证机构是企业法人,其设立和经营应符合《中华人民共和国公司法》的有关规定,同时还应符合特殊行业的基本要求。

3. 电子支付法律关系的内容

电子支付法律关系的内容,即电子商务法律关系各方当事人依法享有的权利和承担的义务。

(1) 销售者在电子支付中的权利和义务

销售者在电子支付中一般扮演收款人的角色,在电子支付法律关系中,收款人不能基于电子支付行为向指令人或接受银行主张权利,收款人只是基于和付款人之间的债权债务关系而与付款人之间存在电子支付权利义务关系。销售者在电子支付中享有两项基本的权利:

① 得到支付的权利,即销售者根据其与其与消费者订立的买卖合同享有通过电子方式得到支付的权利;

② 得到通知的权利,即销售者根据消费者与银行间的金融服务合同享有从金融机构处得到通知的权利。

同时,销售者在电子支付中的义务包括:

① 在得到支付后,有告知消费者已收到款项并发出货物,请求消费者查收及查验的义务;

② 在消费者告知已完成支付,而销售者未收到款项时,销售者有义务及时告知消费者,请其核实支付的完成情况。

(2) 金融机构(网上银行)在电子支付中的权利和义务

金融机构在电子支付中的权利包括:

① 接受或拒绝交付指令,在电子支付中,金融机构可以接受指令人的支付指令,也可以拒绝支付指令,或者要求指令人修正其发出的无法执行的、不符合规定程序 and 要求的指令。银行决定接受还是拒绝支付命令在一定程度上是一种判断信用的过程;要求付款人或指令人付款;

② 金融机构有权要求付款人或指令人按时支付所指令的资金并承担因支付而发生的费用;

③ 要求指令人承担指令引起的后果,如果金融机构能证明由于指令人的过错而致使其他人假冒指令人通过了安全程序和认证程序,就有权要求指令人承担指令引起的后果。

金融机构在电子支付中的义务包括:

① 严格审查客户的指示,金融机构有审查客户的指示是否为一项合法、有效的支付指令,支付方式是否正确的义务;

② 按照指令人的指令完成资金支付,除系统故障和其他不可抗力之外,金融机构应当就未按照消费者的指令完成资金支付给消费者造成的全部直接损失向消费者承担责任。如果

金融机构能够证明未按照客户的指令完成资金支付是由于系统故障或者金融机构所不能控制的其他情况所引起，则金融机构可以免除其责任；

③ 信息公开和详尽告知的义务，在电子支付中向客户告知关于电子支付必要信息以及他们的权利义务是非常重要的，金融机构在电子支付中有义务以易于理解的词句和形式向消费者公开信息，揭示电子支付的程序、后果、操作要领以及系统风险，银行应根据审慎性原则，确定办理电子支付业务客户的条件；

④ 对支付额度的限制，银行应根据审慎性原则并针对不同客户，在电子支付类型、单笔支付金额和每日累计支付金额等方面做出合理限制，银行通过互联网为个人客户办理电子支付业务，除采用数字证书、电子签名等安全认证方式外，单笔金额不应超过 1 000 元，每日累计金额不应超过 5 000 元，银行为客户办理电子支付业务，单位客户从其银行结算账户支付给个人银行结算账户的款项，其单笔金额不得超过 5 万元，但银行与客户通过协议约定，能够事先提供有效付款依据的除外；

⑤ 交易数据的安全保障，银行应确保电子支付业务处理系统的安全性，保证重要交易数据的不可抵赖性、数据存储的完整性、客户身份的真实性，并妥善管理在电子支付业务处理系统中使用的密码、密钥等认证数据。

(3) 消费者在电子支付中的权利和义务

消费者在电子支付中的权利包括：

消费者在电子支付中有权要求接收指令的网上银行按照指令的时间及时将指定的金额支付给指定的收款人，如果接收指令的网上银行没有按指令完成义务，消费者有权要求其承担违约责任，赔偿因此造成的损失。

消费者在电子支付中的义务包括：

① 签发正确的支付指令，并按照接收金融机构的程序，检查指令有无错误和歧义，并有义务发出修正指令，修改错误或有歧义的指令；

② 支付的义务，即一旦向接收银行发出指令后，自身也受其指令的约束，承担从其指定账户付款的义务；在符合商业惯例的情况下接收认证机构的认证义务；

③ 不得设置容易被其他人识别的个人识别码或其他密码的义务，如设置 111111, 123456 等容易被他人识别，带来支付风险；

④ 挂失和通知的义务，消费者在知晓下列情况时应当立即通知发行者或发行者授权的人：其一，电子支付工具或电子支付工具使用方式丢失或被窃；其二，其账户上出现未经授权的交易记录或者其他异常情况。

(4) 电子认证服务机构的权利和义务

电子认证服务机构的权利包括：

① 审查申请者资料的权利，如果申请人为个人的，审查的内容包括申请人的姓名、身份证号、联系电话、通信地址、邮政编码、电子邮箱等资料，如果申请人是单位，除对具体的申请人审查上述材料外，还要审查单位的名称、主页地址、营业执照号、工商税号、单位地址、单位电子邮箱、单位所属行业类别、机构代码、电话、传真等；

② 发放电子证书的权利，根据《电子认证服务管理办法》第二十八条“电子签名认证

证书应当准确载明下列内容:签发电子签名认证证书的电子认证服务机构名称;证书持有人名称;证书序列号;证书有效期;证书持有人的电子签名验证数据;电子认证服务机构的电子签名;工业和信息化部规定的其他内容”;

③ 撤销电子证书的权利,根据《电子认证服务管理办法》第二十九条“有下列情况之一的,电子认证服务机构可以撤销其签发的电子签名认证证书:证书持有人申请撤销证书;证书持有人提供的信息不真实;证书持有人没有履行双方合同规定的义务;证书的安全性不能得到保证;法律、行政法规规定的其他情况”;

④ 收取费用的权利,根据《电子认证服务管理办法》的规定,电子认证服务机构是企业法人,所以,电子认证服务机构向申请人提供电子认证服务后,有权向申请人收取相关的费用。

电子认证服务机构的义务包括:

① 信息披露义务,认证机构基于其本身的公信力及其信用服务,应当向全社会公开其从业资格等重要信息,根据《电子认证服务管理办法》第十二条“取得认证资格的电子认证服务机构,在提供电子认证服务之前,应当通过互联网公布下列信息:机构名称和法定代表人;机构住所和联系办法;《电子认证服务许可证》编号;发证机关和发证日期;《电子认证服务许可证》有效期的起止时间”;

② 保密义务,认证机构在承担信息披露义务的同时,对用户重要的信息应该承担保密的义务,以维护用户的合法权益;

③ 使用可信赖系统的义务;

④ 担保的义务,认证机构一旦将证书颁发给用户,就承担着担保证书所述内容真实、准确的义务。担保义务不仅针对证书持有人,也包括证书信赖人;妥善保管自身私钥的义务。

4. 电子支付各方承担法律责任的方式

民事责任方式,是指违反约定或者法定义务的行为人承担民事责任的具体方式。可以用于电子支付的民事责任方式为:返还财产,恢复原状,赔偿损失,支付违约金以及《民法通则》第一百一十一条规定的“要求履行或者采取补救措施”。在电子支付法律关系中,由于电子支付参与主体的不同,可以从银行、客户和认证机构或其他参与主体这三个方面进行具体分析。

(1) 认证机构承担责任的方式

银行采用数字证书或电子签名方式进行客户身份认证和交易授权的,提倡由合法的第三方认证机构提供认证服务。如客户因依据该认证服务进行交易遭受损失,认证服务机构不能证明自己无过错,应依法承担相应责任。



法律提示

认证机构承担法律责任的方式有以下几种。

① 赔偿损失。由于认证机构的过错而导致用户蒙受损失的,应当在合理的范围内,由认证机构予以赔偿。

② 继续履行职责。认证机构出现 CA 系统和设备问题(停机、终止、信息丢失等),而导致认证操作出现问题、发布失效信息或证书发布不完善的,认证机构在修复 CA 系统和设备后,应立即发布正确、有效、完整的认证证书,以正确履行其与用户之间的合同。

③ 采取相应措施,进行补救。如果认证机构出现管理漏洞、CA 方密钥泄露、用户注册信息泄露等问题,应立即采取有效措施,及时更正、修补出现问题的环节,避免引起进一步的用户损失。

(2) 用户方应承担责任的方

① 及时通知,防止损失扩大。当用户发现银行执行指令出现错误,或发现认证机构发布的用户信息错误,或证书不完善时,应立即中止交易,并通知银行或认证机构修改错误。

② 终止不当行为,采取挽救措施。当用户密钥丢失或泄露,或发现所发出的指令或提供的信息错误时,应及时通知接收银行或认证机构,以使接收银行或认证机构采取相应的防范措施,防止网络入侵、冒领等事件,或者避免其他参与主体因使用错误证书而蒙受损失。

③ 弥补相应的损失。电子支付用户,如果因自身的过错而造成其他各参与方损失的,诸如密钥或个人信息泄露、非法使用证书而产生的损失,应当在合理的范围内予以赔偿。

(3) 电子银行承担相应民事责任的方式

① 偿还余额,补足差额。如果接收银行到位的资金金额小于支付指示所载数量,则接收银行有义务补足差额;如果接收银行到位的资金金额大于支付指示所载数量,则接收银行有权依照法律提供的其他方式从收益人处得到偿还。

② 返回本金,支付利息。如果原资本金划拨未能及时到位,或者到位资金未能及时通知网上交易客户,银行有义务返还客户资金,并按照原定利率返还利息。

③ 赔偿相关损失。对由于银行的过错而造成客户的相关损失,在应当预见的范围内予以赔偿。



相关案例

王某的公务卡于 2014 年 11 月 10 日当天被两次盗刷,涉及金额 4 000 元,手续费 48 元。他立即电话挂失,并得知两笔款项分别在 B 市和 C 市发生。后王某到银行按照工作人员的指导进行存款操作,证明卡未离身,并向公安机关报案。

王某认为银行未履行安全保障义务,ATM 系统存在缺陷不能识别假卡,应当承担责任;银行则认为,王某没有充足证据排除交易非其本人授意他人所为,且王某未尽到对密码的妥善保管义务,发卡银行无过错。后王某向人民法院提起诉讼,法院经开庭审理查明事实后作出判决,由银行向王某赔付实际损失额的 80%。

4.2 国内外电子支付的立法状况

4.2.1 国外电子支付立法现状

1. 美国

由于美国的电子计算机、网络、通信产业在世界上处于领先地位,电子支付得到了广泛的运用。因此,美国关于电子支付的立法较其起步较早,电子支付法律法规更加完善,并对全球电子支付法律制度产生了根本性的影响。目前,在美国 80% 以上的美元支付是通过电子方式进行的,每天大约有 2 万美元通过联储电子资金系统(Fedwire)及清算银行间支付系统(Chips)划拨。为了适应电子支付的需要,美国制定了《1978 年电子资金划拨法(Electronic Fund Transfer Act of 1978)》。该法的主要内容是保护银行客户的合法权益,适用于客户是自然人的小额电子资金划拨。

1989 年,美国全国统一州法专员会议和美国法律学会批准了《统一商业法规》第 4A 编,对大额电子支付系统进行了调整。该法第一次对电子支付下了定义:电子支付是支付命令发送方把存放于商业银行的资金,通过一条线路划入收益方开户银行,以支付给收益方的一系列转移过程。该法详细规定了电子支付命令的签发与接受、接受银行对发送方支付命令的执行、电子支付的当事人的权利和义务,以及责任的承担等。美国《统一商法典》已成为美国规范大额电子资金划拨的最重要的法律,并对联合国国际贸易法委员会起草《国际贷记划拨示范法》产生了重大影响。

2. 欧盟

在制定电子支付相关法律方面,欧盟也做出了积极的努力。1997 年 7 月 30 日,欧盟委员会发布了关于电子支付方式的建议,特别集中于出票人和持票人之间的关系。建议确定了这种关系中合同形式、责任、法律援助、顾客信息等方面的最低要求。1998 年 7 月 29 日,欧盟委员会又发布了两个关于发行电子货币的机构活动的指令,这两个指令的目的是为电子货币发行机构建立规范性的法律框架。这些指令对电子货币做出了定义。

3. 其他国际组织

国际贸易法委员会和国际商会等国际组织在电子支付立法方面也进行了一系列的尝试。国际贸易法委员会国际支付小组起草的《电子资金划拨法律指南》于 1986 年得到了联合国国际贸易法委员会大会的批准,1987 年正式发布。该指南分 5 个部分,分别就电子资金划拨系统,资金划拨协议和划拨指示,欺诈、错误、划拨指示处理不当和有关责任,划拨的完成和法律责任做出了规定。随着跨国电子资金划拨日益普遍,1992 年联合国国际贸易法委员会根据美国《统一商法典》第 4A 篇,制定了有助于减少各国相关电子支付法令的差异,并为各国提供立法依据的《国际贷记划拨示范法》,对命令发送人的义务与接受行的义务,银行为履

行某项事务的责任以及贷记划拨的完成和后果等做出了规定,以供各国在国内立法时参照采纳。国际商会很早就开始致力于电子商务惯例的收集和整理,但主要工作大多集中在电子签字的登记和认证等方面。目前,国际商会负责商务工程的工作小组,正在起草制定《电子贸易和结算规则》,该规则对电子支付的安全性、数字签字、加密及数字时间签字作了规定,一旦正式通过,将成为全球电子商务及电子支付的指导性交易规则。

4.2.2 我国电子支付立法现状与发展前景

1. 现状

与其他电子商务比较发达和成熟的国家相比,我国金融电子化程度相对比较落后,这也决定了我国电子支付相关的立法也比较落后。就我国电子支付立法现状而言,虽然《合同法》中肯定了电子数据交换的法律效力,但在分则中并没有规定电子支付的基本权利义务,法律规定较原则,可操作性不强。虽然各大商业银行及中央银行正在努力发展完善电子支付系统,但银行同业规范的制定和法制化必然要经过较长一段时间才能不断成熟和顺利实施。因此,我国电子支付方面的法律规范必然是局部的修正型的法律规范,而不可能像美国那样的系统的专门法律,与电子支付相关的立法,也只能实行逐步完善的原则。

虽然目前我国的电子支付立法不够完善,但应该看到,我国各级政府在电子支付方面已经做了多方面的努力和具体工作。中国人民银行于1997年4月公布了《中国金融IC卡卡片规范》和《中国金融IC卡应用规范》,1998年9月又公布了与IC卡规范相配合的《POS设备规范》。这三个标准的制定为国内金融卡跨行、跨地区通用、设备共享及与国际接轨提供了强有力的支持,为智能卡在金融业的大规模使用提供了安全性、兼容性的保障。1998年年初,国家金卡工程协调领导小组根据国务院指示发出了《关于加强IC卡生产和应用管理有关问题的通知》,要求制定IC卡生产、应用的技术标准和规范。随后,《全国IC卡应用发展规划》、《IC卡管理条例》、《集成电路卡注册管理办法》、《IC卡通用技术规范》等相继出台,为各种电子支付系统的规范化和兼容性提供了契机,使得中国标准金融IC卡作为电子商务中的支付前端成为最安全和最直接的解决方案。1999年1月26日,中国人民银行颁布了《银行卡业务管理办法》,对银行信用卡、借记卡等做出规范。

为规范和引导我国网上银行业务健康发展,有效防范银行业务经营风险,保护银行客户的合法权益,中国人民银行于2001年根据《中华人民共和国中国人民银行法》、《中华人民共和国商业银行法》,首次尝试制定了《网上银行业务管理暂行办法》。该办法规定了网上银行业务的市场准入制度、网上银行业务的风险管理及法律责任。随着电子商务的快速发展,该办法已无法满足网上支付的要求,于2006年被废止。

2005年以来,随着我国《电子签名法》的出台,电子支付的立法进程也随之呈现加快趋势。中国人民银行为规范电子支付业务,于2005年制定并颁布了《电子支付指引(第一号)》,该《指引》以银行与客户关系为主线,以规范电子支付、强化电子支付安全性为主要内容,将“以规范促发展、在规范中发展”作为基本原则,以指引相对灵活的形式全面规范电子支付行为;涉及电子支付各方权利义务、责任、安全保障、信息披露、差错处理等多个关键环

节。《指引》的出台和实施,无疑有利于以下几个方面:推动电子银行业务和电子商务的健康、有序发展;明确电子支付活动参与各方的权利义务,防范支付风险;推动支付工具创新,提升支付服务质量;防范和打击洗钱及其他金融违法犯罪活动。目前,我国电子支付业务处于创新发展时期,而涉及电子支付业务的许多法律制度问题仍处于研究和探索阶段。为了给电子支付业务的创新和发展创造较为宽松的制度环境,促进电子支付效率的提高,保障电子支付安全,本着在发展中规范,以规范促进发展的指导思想,中国人民银行决定先通过“指引”这种规范性文件的方式引导和规范电子支付行为,待条件成熟后再上升至相应的部门规章或法律法规。

中国银行业监督管理委员会为加强电子银行业务的风险管理,根据《中华人民共和国银行业监督管理法》、《中华人民共和国商业银行法》和《中华人民共和国外资金融机构管理条例》等法律法规,于2005年11月10日颁布了《电子银行业务管理办法》。该《办法》对电子银行业务等进行界定,并对电子银行业务的申请与变更、风险管理、数据交换与转移管理、业务外包管理、跨境业务活动管理及监督管理予以明确的规范。

2007年5月20日,中国人民银行以提高个人支付结算服务效率、提升个人支付结算服务水平为目标,发布了《关于改进个人支付结算服务的通知》。该《通知》主要从七个方面提出了明确具体的政策措施。而其中的多项措施,如扩大个人银行结算账户的跨行转账功能,个人无须在不同银行开立多个银行账户即可方便地办理各类结算;完善信用卡还款业务处理、鼓励信用卡持卡人以转账方式还款;提高自动柜员机取款交易上限,分流利用银行卡办理柜面取款交易;增加电子支付服务功能、改善居家服务等措施都有利于提高个人支付结算服务效率和水平,缓解银行排队等候现象。

2010年6月至9月,随着中国人民银行关于《非金融机构支付服务管理办法》(以下简称《办法》)及《非金融机构支付服务管理办法实施细则(征求意见稿)》(以下简称《办法细则》)的出台,第三方支付行业结束了原始成长期,被正式纳入了国家监管体系,并拥有合法身份。此后制定的相关法律条文也以此为基础,“宪法级别”的《非金融机构支付服务管理办法》至今仍发挥着深远的影响力。

2015年7月,为鼓励金融创新,促进互联网金融健康发展,明确监管责任,规范市场秩序,经党中央、国务院同意,中国人民银行、工业和信息化部、公安部、财政部、国家工商总局、国务院法制办、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、国家互联网信息办公室联合印发了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(银发[2015]221号,以下简称《指导意见》)。《指导意见》按照“鼓励创新、防范风险、趋利避害、健康发展”的总体要求,提出了一系列鼓励创新、支持互联网金融稳步发展的政策措施,积极鼓励互联网金融平台、产品和服务创新,鼓励从业机构相互合作,拓宽从业机构融资渠道,坚持简政放权和落实、完善财税政策,推动信用基础设施建设和配套服务体系。《指导意见》按照“依法监管、适度监管、分类监管、协同监管、创新监管”的原则,确立了互联网支付、网络借贷、股权众筹融资、互联网基金销售、互联网保险、互联网信托和互联网消费金融等互联网金融主要业态的监管职责分工,落实了监管责任,明确了业务边界。《指导意见》坚持以市场为导向发展互联网金融,遵循服务好实体经济、服从宏观调

控和维护金融稳定的总体目标,切实保障消费者合法权益,维护公平竞争的市场秩序,在互联网行业管理、客户资金第三方存管制度、信息披露、风险提示和合格投资者制度、消费者权益保护、网络与信息安全、反洗钱和防范金融犯罪、加强互联网金融行业自律及监管协调与数据统计监测等方面提出了具体要求。

2016年,中国人民银行发布了《非银行支付机构网络支付业务管理办法》(以下简称《办法》),自2016年7月1日起实施。《办法》是为规范非银行支付机构(以下简称支付机构)网络支付业务,防范支付风险,保护当事人合法权益,根据《中华人民共和国中国人民银行法》、《非金融机构支付服务管理办法》等规定制定的。《办法》对网络支付进行了限额管理,规定每个客户的第三方支付账户每日累计金额不能超过5000元,对综合类支付账户、消费类支付账户,分别规定年累计20万元、10万元限额。同时,其中第三方支付账户余额仅指存在于第三方支付公司的虚拟账户,《办法》对于第三方账户开立、转账都做出了严格的限制。未来支付机构的“互联网+”道路将迎来一定考验,进而对互联网金融行业产生深远影响。规范非银行支付机构网络支付业务,重在防范支付风险,明确金融牌照各自的定位。

相关链接

虽然我国目前已经有一系列电子支付方面的法律法规陆续出台,但总体上我国有关电子支付的法律法规还很不健全,在电子支付立法方面还有许多工作要做。一方面,银行同业要尽快统一电子支付体系与规范;另一方面,要以立法的方式填补电子支付法律体系中的空白,这是解决我国传统支付法律制度不适应当今电子支付发展问题的根本途径。在立法时,不仅需要制定与电子支付相关的规范,而且为了保障电子支付合法有序进行,对包括交易主体资格、信用、合同规范在内的多方面法律问题都需要明确的规范来调整和制约。

2. 发展前景

在计算机和互联网技术高速发展的现代社会中,利用电子支付方式进行的交易占整个社会支付总量的比重越来越大,所涉及的金额巨大,而且当事人众多,法律关系复杂,一旦发生纠纷,如何明确当事人之间的法律责任是比较棘手的问题。因此根据国际上的先进做法和我国的实际情况制定我国系统的电子支付法律制度是有必要的,而且在我国电子商务飞速发展的情况下,构建我国系统的电子支付制度具有紧迫性。

从我国电子支付的理论与实践的发展过程可以看出,解决电子支付的关键,除技术性问题外,还应对电子资金划拨支付方式和电子货币支付方式进行分开调整。因为这两种支付方式从技术上、从事支付服务的机构以及对它们的监管等各方面均存在较大的差异。电子资金划拨支付方式已经发展了几十年,对它的法律调整也相对成熟,而电子货币是在这年中迅速崛起的,并且尚处于萌芽时期,技术上未定型,对它的法律调整也处于探索、研究阶段,现有的法律规定的作用也有待时间的考验。

对此,我国金融业应有清醒的认识。现在最重要的是要坚持优胜劣汰,构建一个有效率的、公平的网络银行市场。目前,在国际互联网上提供支付服务的大多为非银行公司,仅由银行提供最后的结算和信用服务,使得银行在未来有可能受到非银行金融机构的更大挑战。



相关案例 10 万存款半分钟内被“搬走” 超级网银受质疑

“超级网银”跨行账户管理功能已经成为黑客恶意利用的目标,全国出现多起银行客户被骗案例。

王先生通过即时聊天工具与某购物网站卖家商谈购买一条裤子。店家发给王先生一个报价 166 元裤子的商品链接。王先生通过网银支付后,却看不到交易记录。店家就给了王先生一个客服 QQ 号,让王先生与客服联系。

王先生与该客服 QQ 沟通后,客服 QQ 给王先生提供了一个“退款链接”,表示王先生按照提示操作就可以内部退款。王先生按照客服提示,进入了一个“授权建行账户支付协议签约”的界面。

王先生对这个授权页面上的信息也有所怀疑,但该网店的客服表示:这是内部核对信息,只要按照提示完成操作,收款人就会将货款退还给王先生。王先生犹豫之后,还是按照客服提示完成了授权操作。

几分钟后,王先生收到银行短信,提示自己的账户中有 1 万元被转走;过了一会儿,他又收到一条新的银行短信,提示自己又有 1 万元被转走。

360 也曾发布重大安全警报称,骗子通过“钓鱼”链接、交易失败提示、客服聊天等组合,诱骗受害者进行“网银授权支付”,短短几分钟内就能将受害者账户中的资金大量转出。

专家认为,目前“超级网银”的授权操作存在一定的安全风险,例如,“超级网银”授权并不会对双方身份和关系进行验证,也就是说,网银用户可以授权任何人对自己的账户进行查询和转账操作。此外,有些银行的授权页面提示信息过于晦涩,客户有可能忽视其中的安全隐患。部分银行没有在授权界面提醒用户设置额度,在此过程中,并不需要授权账户进行二次确认,因此无法阻止账户余额被转走。

在放开对电子货币发行主体限制的同时,也应从维护社会金融秩序稳定、保护社会公众利益角度出发,对非金融机构的电子货币发行机构实行与金融机构一样的谨慎监管,维持所发行的电子货币的币值稳定,提高电子货币发行机构的商业信誉,这不仅能保护消费者的利益,也是推广电子货币,促进电子货币被公众广泛接受的必要措施。

4.3 电子银行法律制度

自 1995 年 10 月 18 日,全球第一家网上银行“安全第一网络银行”在美国诞生以来,网上银行行业发展迅猛,这一风潮从美国迅速向世界各地扩展,越来越多的传统大型银行也已经在互联网上开设网上银行。虽然,目前我国“网上银行”的客户服务业务还有一定的局限性,提供的网上银行业务服务也不是全方位的,但可以说,中国“网上银行”时代已经到来。

4.3.1 电子银行的设立与运行

1. 电子银行业务的内容

电子银行业务，是指商业银行等银行业金融机构利用面向社会公众开放的通信通道或开放型公众网络，以及银行为特定自助服务设施或客户建立的专用网络，向客户提供的银行服务。

电子银行业务包括利用计算机和互联网开展的银行业务（网上银行业务），利用电话等声讯设备和电信网络开展的银行业务（电话银行业务），利用移动电话和无线网络开展的银行业务（手机银行业务），以及其他利用电子服务设备和网络，由客户通过自助服务方式完成金融交易的银行业务。

2. 电子银行设立与运行的法律依据

我国开展电子银行业务主要依据中国银行业监督管理委员会 2005 年 11 月 10 日通过的《电子银行业务管理办法》。

无论银行业金融机构和依据《中华人民共和国外资金融机构管理条例》设立的外资金融机构，还是其他在中国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经中国银行业监督管理委员会批准设立的其他金融机构，只要开办具有电子银行性质的电子金融业务，就必须依据《电子银行业务管理办法》进行。

依据《电子银行业务管理办法》的相关规定，中国银监会负责对金融机构开展电子银行业务实施监督管理。

3. 电子银行的申请与变更

(1) 开办电子银行业务应具备的条件

为了规范电子银行业务，促进电子银行业的健康发展，开办电子银行业务应具备的条件如下。

① 金融机构的经营活动正常，建立了较为完善的风险管理体系和内部控制制度，在申请开办电子银行业务的前一年内，金融机构的主要信息管理系统和业务处理系统没有发生过重大事故。

② 制定了电子银行业务的总体发展战略、发展规划和电子银行安全策略，建立了电子银行业务风险管理的组织体系和制度体系。

③ 按照电子银行业务发展规划和安全策略，建立了电子银行业务运营的基础设施和系统，并对相关设施和系统进行了必要的安全检测和业务测试。

④ 对电子银行业务风险管理情况和业务运营设施与系统等，进行了符合监管要求的安全评估。

⑤ 建立了明确的电子银行业务管理部门，配备了合格的管理人员和技术人员。

金融机构开办以互联网为媒介的网上银行业务、手机银行业务等电子银行业务，除应具

备上述条件外,还应具备以下条件。

- ① 电子银行基础设施设备能够保障电子银行的正常运行。
- ② 电子银行系统具备必要的业务处理能力,能够满足客户适时业务处理的需要。
- ③ 建立了有效的外部攻击侦测机制。
- ④ 中资银行业金融机构的电子银行业务运营系统和业务处理服务器设置在中华人民共和国境内。

⑤ 外资金融机构的电子银行业务运营系统和业务处理服务器可以设置在中华人民共和国境内或境外。设置在境外时,应在中华人民共和国境内设置可以记录和保存业务交易数据的设施设备,能够满足金融监管部门现场检查的要求,在出现法律纠纷时,能够满足中国司法机构调查取证的要求。

(2) 开办电子银行的审批制和报告制

金融机构申请开办电子银行业务,根据电子银行业务的不同类型,分别适用审批制和报告制。

① 利用互联网等开放性网络或无线网络开办的电子银行业务,包括网上银行、手机银行和利用掌上电脑等个人数据辅助设备开办的电子银行业务,适用审批制。

② 利用境内或地区性电信网络、有线网络等开办的电子银行业务,适用报告制。

③ 利用银行为特定自助服务设施或与客户建立的专用网络开办的电子银行业务,法律法规和行政规章另有规定的遵照其规定,没有规定的适用报告制。

另外,金融机构开办电子银行业务后,与其特定客户建立直接网络连接提供相关服务,属于电子银行日常服务,不属于开办电子银行业务申请的类型。

(3) 电子银行的申请、批准与业务承接

① 电子银行的申请。正式申请前的沟通与测试。金融机构申请开办需要审批的电子银行业务之前,应先就拟申请的业务与中国银监会进行沟通,说明拟申请的电子银行业务系统和基础设施设计、建设方案,以及基本业务运营模式等,并根据沟通情况,对有关方案进行调整。进行监管沟通后,金融机构应根据调整完善后的方案开展电子银行系统建设,并应在申请前完成对相关系统的内部测试工作。内部测试对象仅限于金融机构内部人员、外包机构相关工作人员和相关机构的工作人员,不得扩展到一般客户。

② 申请所需提交的材料。



法律提示

金融机构向中国银监会或其派出机构申请开办电子银行业务,应提交以下文件、资料(一式三份):由金融机构法定代表人签署的开办电子银行业务的申请报告;拟申请的电子银行业务类型及拟开展的业务种类;电子银行业务发展规划;电子银行业务运营设施与技术系统介绍;电子银行业务系统测试报告;电子银行安全评估报告;电子银行业务运行应急计划和业务连续性计划;电子银行业务风险管理体系及相应的规章制度;电子银行业务的管理部门、管理职责,以及主要负责人介绍;申请单位联系

人以及联系电话、传真、电子邮件信箱等联系方式；中国银监会要求提供的其他文件和资料。

③ 电子银行的批准。中国银监会或其派出机构在收到金融机构申请开办需要审批的电子银行业务完整申请材料3个月内，做出批准或者不批准的书面决定；决定不批准的，应当说明理由。

金融机构开办电子银行业务后，可以利用电子银行平台进行传统银行产品和服务的宣传、销售，也可以根据电子银行业务的特点开发新的业务类型。

④ 电子银行的业务承接。已开办电子银行业务的金融机构按计划决定终止全部电子银行服务或部分类型的电子银行服务时，应提前3个月就终止电子银行服务的原因及相关问题处置方案等，报告中国银监会，并同时予以公告。

金融机构按计划决定停办部分电子银行业务类型时，应于停办该业务前1个月内向中国银监会报告，并予以公告。

金融机构终止电子银行服务或停办部分业务类型，必须采取有效的措施保护客户的合法权益，并针对可能出现的问题制定有效的处置方案。

4.3.2 电子银行的风险管理

1. 风险的制度控制

金融机构应当将电子银行业务风险管理纳入本机构风险管理的总体框架之中，并应根据电子银行业务的运营特点，建立健全电子银行风险管理体系和电子银行安全、稳健运营的内部控制体系。

金融机构的电子银行风险管理体系和内部控制体系应当具有清晰的管理架构、完善的规章制度和严格的内部授权控制机制，能够对电子银行业务面临的战略风险、运营风险、法律风险、声誉风险、信用风险、市场风险等实施有效的识别、评估、监测和控制。

2. 风险的设施控制

金融机构应当保障电子银行运营设施设备，以及安全控制设施设备的安全，对电子银行的重要设施设备和数据，采取适当的保护措施。

① 有形场所的物理安全控制，必须符合国家有关法律法规和安全标准的要求，对尚没有统一安全标准的有形场所的安全控制，金融机构应确保其制定的安全制度有效地覆盖可能面临的主要风险。

② 以开放型网络为媒介的电子银行系统，应合理设置和使用防火墙、防病毒软件等安全产品与技术，确保电子银行有足够的反攻击能力、防病毒能力和入侵防护能力。

③ 对重要设施设备的接触、检查、维修和应急处理，应有明确的权限界定、责任划分和操作流程，并建立日志文件管理制度，如实记录并妥善保管相关记录。

④ 对重要技术参数应严格控制接触权限，并建立相应的技术参数调整与变更机制，并

保证在更换关键人员后,能够有效防止有关技术参数的泄露。

⑤ 对电子银行管理的关键岗位和关键人员,应实行轮岗和强制性休假制度,建立严格的内部监督管理制度。

3. 其他风险控制

(1) 数据安全控制

金融机构应采用适当的加密技术和措施,保证电子交易数据传输的安全性与保密性,以及所传输交易数据的完整性、真实性和不可否认性。

金融机构采用的数据加密技术应符合国家有关规定,并根据电子银行业务的安全性需要和科技信息技术的发展,定期检查和评估所使用的加密技术和算法的强度,对加密方式进行适时调整。

(2) 风险责任控制

金融机构应当与客户签订电子银行服务协议或合同,明确双方的权利与义务。

在电子银行服务协议中,金融机构应向客户充分揭示利用电子银行进行交易可能面临的风险,金融机构已经采取的风险控制措施和客户应采取的风险控制措施,以及相关风险的责任承担。

(3) 风险技术控制

金融机构应采取适当的措施和采用适当的技术,识别与验证使用电子银行服务客户的真实、有效身份,并应依照与客户签订的有关协议对客户作业权限、资金转移或交易限额等实施有效管理。

另外,金融机构应当建立相应的机制,搜索、监测和处理假冒或有意设置类似于金融机构的电话、网站、短信号码等信息骗取客户资料的活动,发现假冒电子银行的非法活动后,应向公安部门报案,并向中国银监会报告。同时,金融机构应及时在其网站、电话语音提示系统或短信平台上,提醒客户注意。金融机构应尽可能使用统一的电子银行服务电话、域名、短信号码等,并应在与客户签订的协议中明确客户启动电子银行业务的合法途径、意外事件的处理办法,以及联系方式等。已实现数据集中处理的银行业金融机构开展网上银行类业务,总行(公司)与其分支机构应使用统一的域名;未实现数据集中处理的银行业金融机构开展网上银行类业务时,应由总行(公司)设置统一的接入站点,在其主页内设置其分支机构网站链接。

4.3.3 电子银行的法律责任

1. 安全隐患及违规操作的法律责任

金融机构在提供电子银行服务时,因电子银行系统存在安全隐患、金融机构内部违规操作和其他非客户原因等造成损失的,金融机构应当承担相应责任。

因客户有意泄露交易密码,或者未按照服务协议尽到应尽的安全防范与保密义务造成损失的,金融机构可以根据服务协议的约定免于承担相应责任,但法律法规另有规定的除外。

2. 擅自开办与变更业务的法律责任

金融机构未经批准擅自开办电子银行业务,或者未经批准增加或变更需要审批的电子银行业务类型,造成客户损失的,金融机构应承担全部责任。法律法规明确规定应由客户承担的责任除外。

3. 协助处理义务的法律责任

金融机构已经按照有关法律法规和行政规章的要求,尽到了电子银行风险管理和安全管理的相应职责,但因其他金融机构或者其他金融机构的外包服务商失职等原因,造成客户损失的,由其他金融机构承担相应责任,但提供电子银行服务的金融机构有义务协助其客户处理有关事宜。

4. 轻微安全隐患的处理的法律责任

金融机构开展电子银行业务违反审慎经营规则但尚不构成违法违规,并导致电子银行系统存在较大安全隐患的,中国银监会将责令限期改正;逾期未改正,或者其安全隐患在短时间难以解决的,中国银监会可以区别情形,采取下列措施:

- ① 暂停批准增加新的电子银行业务类型。
- ② 责令金融机构限制发展新的电子银行客户。
- ③ 责令调整电子银行管理部门负责人。

4.4 第三方支付法律制度

第三方支付作为一种由独立非银行社会机构提供资金结算服务的支付模式,随着电子支付交易量的增加在不断地发展和完善,已逐渐成为 B2C 和 C2C 的主要支付渠道。然而,第三方支付却是在政策模糊、法律真空与监管缺位中摸索着前进的,其中隐藏着巨大的金融风险与经济安全隐患,之前众多第三方支付企业关注的焦点——《支付清算组织管理办法》经过几年意见征求迟迟未发布,关于主体资格、经营范围、纠纷裁定等众多问题也尚未明确规范。

2010 年 6 月至 9 月,随着中国人民银行关于《非金融机构支付服务管理办法》(以下简称《办法》)及《非金融机构支付服务管理办法实施细则》(以下简称《办法细则》)的出台,结束了第三方支付行业原始成长期,被正式纳入国家监管体系,并拥有合法的身份。

相关链接 “支付行业终于有了准生证”

经历了十年发展,支付行业终于获得了“准生证”。从 2005 年央行颁布《支付清算组织管理办法(征求意见稿)》,到 2010 年 6 月《非金融机构支付服务管理办法》正式出台,经历了五年的无监管期,300 多家第三方支付企业一直在灰色地带中前行。

当这柄达摩克利斯之剑最终落下,规模较大者如支付宝、财付通等企业迫切希望《办法》

的出台能为其正名,而更多小企业则担心不符合《办法》的准入规定,庞大的前期投资打了水漂。

国内最大的第三方支付平台支付宝公众与客户沟通部负责人表示,支付宝对于办法的出台非常欢迎和支持,认为办法对规范整个行业市场有好处,特别是能规范行业中的不良行为,刷掉害群之马,从而促进行业的健康发展。

4.4.1 第三方支付概述

1. 第三方支付的概念

第三方支付即非金融机构支付,主要是指第三方支付平台,指与银行(通常是多家银行)签约,并具备一定实力和信誉保障的第三方独立机构提供的交易支持平台。

在通过第三方支付平台的交易中,买方选购商品后,使用第三方平台提供的方式和银行渠道进行货款支付,由第三方平台通知卖家货款到达、进行发货;买方检验物品后,就可以付款给卖家。此外,某些第三方支付平台还提供了一定期限内的退货服务;一些第三方平台提供多家银行,数十种银行卡的选择,比起传统的单一银行的网上支付方式,更丰富了网上交易的支付手段。

2. 第三方支付的业务内容

按照《非金融机构支付服务管理办法》的规定,第三方支付应包括网络支付、预付卡的发行与受理、银行卡收单、中国人民银行确定的其他支付服务等类型。

网络支付,是指依托公共网络或专用网络在收付款人之间转移货币资金的行为,包括货币汇兑、互联网支付、移动电话支付、固定电话支付、数字电视支付等。

预付卡,是指以营利为目的发行的、在发行机构之外购买商品或服务的预付价值,包括采取磁条、芯片等技术以卡片、密码等形式发行的预付卡。

银行卡收单,是指通过销售点(POS)终端等为银行卡特约商户代收货币资金的行为。

3. 第三方支付平台的功能

第三方支付平台的功能包括:① 接收、处理,并向开户银行传递网上客户的支付指令;② 进行跨行之间的资金清算(清分);③ 代替银行,开展金融增值服务。

4. 第三方支付平台的特点

第三方支付平台的特点在于“多渠道、多业务、多银行”,因此第三方支付平台在支付领域中具有其特殊的生命力。① 不参与买卖双方的具体业务,具有公信度,不会因触及客户商业利益而失去服务机会。② 把众多的银行和银行卡整合到一个页面,方便于网上客户,也降低了网民的交易成本。③ 可进行“多业务、多银行、多渠道”的服务创新。④ 对商家和消费者有双向财产保护能力,有效地限制了电子交易中的欺诈行为。

4.4.2 第三方支付的应用与许可

根据国务院关于“建立公开平等规范的服务业准入制度，鼓励社会资本进入”等工作要求，中国人民银行依据《中国人民银行法》等法律法规，经国家行政审批部门认定，对非金融机构支付服务实行支付业务许可制度。无论是国有资本还是民营资本的非金融机构，只要符合《办法》的规定，都可以取得《支付业务许可证》。非金融机构提供支付服务，应当依法规定取得《支付业务许可证》，成为支付机构，并接受中国人民银行的监督管理。未经中国人民银行批准，任何非金融机构和个人不得从事或变相从事支付业务。

1. 申请

中国人民银行负责《支付业务许可证》的颁发和管理。为此，申请《支付业务许可证》需经所在地中国人民银行分支机构审查后，报中国人民银行批准。

相关链接

央行：第三方支付许可证无数量限制

中国人民银行有关部门负责人2010年6月23日就《非金融机构支付服务管理办法》(简称《办法》)表示，央行对《支付业务许可证》不做数量限制，鼓励所有具有资质的非金融机构在支付服务市场中平等竞争。

从2011年5月到2014年7月，央行一共发放了7批第三方支付牌照。超过260家的企业获得了第三方支付的牌照。光是在2014年，第三方支付市场的规模就增长了将近4倍，总值接近6万亿元。截止到2015年，中国人民银行共发放了269张第三方支付牌照。

该《办法》规定非金融机构提供支付服务应具备相应的资质条件，以此建立统一规范的非金融机构支付服务市场准入秩序，强化非金融机构支付服务的持续发展能力。非金融机构提供支付服务应具备的条件主要包括：

(1) 商业存在。申请人必须是在我国依法设立的有限责任公司或股份有限公司，且为非金融机构法人。

(2) 资本实力。申请人申请在全国范围内从事支付业务的，其注册资本至少为1亿元；申请在同一省（自治区、直辖市）范围内从事支付业务的，其注册资本至少为3千万元人民币，且均须为实缴货币资本。

(3) 主要出资人。申请人的主要出资人（包括拥有其实际控制权和10%以上股权的出资人）均应符合关于公司制企业法人性质、相关领域从业经验、一定盈利能力等相关资质的要求。

(4) 反洗钱措施。申请人应具备国家反洗钱法律法规规定的反洗钱措施，并于申请时提交相应的验收材料。

(5) 支付业务设施。申请人应在申请时提交必要支付业务设施的技术安全检测认证证明。

(6) 资信要求。申请人及其高级管理人员和主要出资人应具备良好的资信状况，并出具相应

的无犯罪证明材料。

鉴于支付服务的专业性和安全性要求等,申请人还应符合组织机构、内控制度、风控措施、营业场所等方面的规定。

2. 审批流程

根据《中华人民共和国行政许可法》及其实施办法和《中国人民银行行政许可实施办法》的规定等,《办法》规定《支付业务许可证》的审批流程主要包括:

(1) 申请人向所在地中国人民银行分支机构提交申请资料

书面申请,载明申请人的名称、住所、注册资本、组织机构设置、拟申请支付业务等;公司营业执照(副本)复印件;公司章程验资证明;经会计师事务所审计的财务会计报告;支付业务可行性研究报告;反洗钱措施验收材料;技术安全检测认证证明高级管理人员的履历材料;申请人及其高级管理人员的无犯罪记录证明材料;主要出资人的相关材料;申请资料真实性声明。

申请人应当在收到受理通知后按规定公告下列事项:申请人的注册资本及股权结构;主要出资人的名单、持股比例及其财务状况;拟申请的支付业务申请人的营业场所;支付业务设施的技术安全检测认证证明。

(2) 申请符合要求的,中国人民银行分支机构依法予以受理,并将初审意见和申请资料报送中国人民银行总行。

(3) 中国人民银行总行根据各分支机构的审查意见及社会监督反馈信息等,对申请资料进行审核。准予成为支付机构的,中国人民银行总行依法颁发《支付业务许可证》,并予以公告。

《支付业务许可证》自颁发之日起,有效期5年。支付机构拟于《支付业务许可证》期满后继续从事支付业务的,应当在期满前6个月内向所在地中国人民银行分支机构提出续展申请。中国人民银行准予续展的,每次续展的有效期为5年。

4.4.3 对客户备付金的保护措施

支付机构可以自主确定其所从事的支付业务是否接受客户备付金。客户备付金是指客户自愿委托支付机构保管的、只能用于办理客户委托的支付业务的货币资金。

《办法》在客户备付金保护措施方面做出了以下规定。

1. 明确备付金的性质

支付机构接受的客户备付金不属于支付机构的自有财产。支付机构只能根据客户发起的支付指令转移备付金。禁止支付机构以任何形式挪用客户备付金。

2. 限定备付金的持有形式

第一,支付机构必须选择商业银行作为备付金存管银行,专户存放接受的客户备付金。

第二,支付机构只能在同一家商业银行专户存放客户备付金。第三,支付机构的分公司不能

自行开立备付金专用存款账户。

3. 强调商业银行的协作监督责任

商业银行作为备付金存管银行，应当对存放在本机构的客户备付金的使用情况进行监督，并有权对支付机构违反规定使用客户备付金的申请或指令予以拒绝。支付机构拟调整不同备付金专用存款账户的头寸时，必须经其备付金存管银行的法人机构进行复核。

4. 突出人民银行的法定监管职责

支付机构和备付金存管银行应分别按规定向中国人民银行报送备付金存管协议、备付金专用存款账户及客户备付金的存管或使用情况等信息资料。中国人民银行将依法对支付机构的客户备付金专用存款账户及相关账户等进行现场检查。

4.4.4 实名制管理

该《办法》规定，支付机构应当按规定核对客户有效身份证明文件，并登记客户身份基本信息。众所周知，预付卡的一个主要用途在于无记名购买后作为礼品卡馈赠他人使用，如果要进行记名才可购买，相信购买人定会三思而行，毕竟如果购买预付卡用于商业贿赂之目的，留下一个购买记录就为侦查机关日后的办案留下一条线索。

中纪委在 2003 年发文禁止发行新的预付卡、代付券，强令所有已发行的预付卡在半年内使用完毕。后来预付卡还是逐渐开禁，到今日重又泛滥成灾。今日央行的管理举措更加市场化，也更加高明，客户备付金管理与实名制管理非常精准地抓住了预付卡市场需求的七寸要害，相信能够立竿见影地促使预付卡市场大幅萎缩。

4.4.5 罚则

(1) 中国人民银行及其分支机构的工作人员有下列情形之一的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：违反规定审查批准《支付业务许可证》的申请、变更、终止等事项的；违反规定对支付机构进行检查的；泄露知悉的国家秘密或商业秘密的；滥用职权、玩忽职守的其他行为。

(2) 商业银行有下列情形之一的，中国人民银行及其分支机构责令其限期改正，并给予警告或处 1 万元以上 3 万元以下罚款；情节严重的，中国人民银行责令其暂停或终止客户备付金存管业务：未按规定报送客户备付金的存管或使用情况等信息资料的；未按规定对支付机构调整备付金专用存款账户头寸的行为进行复核的；未对支付机构违反规定使用客户备付金的申请或指令予以拒绝的。

(3) 支付机构有下列情形之一的，中国人民银行分支机构责令其限期改正，并给予警告或处 1 万元以上 3 万元以下罚款：未按规定建立有关制度办法或风险管理措施的；未按规定办理相关备案手续的；未按规定公开披露相关事项的；未按规定报送或保管相关资料的；未按规定办理相关变更事项的未按规定向客户开具发票的；未按规定保守客户商业秘密的。

(4) 支付机构有下列情形之一的, 中国人民银行分支机构责令其限期改正, 并处 3 万元罚款; 情节严重的, 中国人民银行注销其《支付业务许可证》; 涉嫌犯罪的, 依法移送公安机关立案侦查; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任: 转让、出租、出借《支付业务许可证》的; 超出核准业务范围或将业务外包的; 未按规定存放或使用客户备付金的; 未遵守实缴货币资本与客户备付金比例管理规定的; 无正当理由中断或终止支付业务的; 拒绝或阻碍相关检查监督的; 其他危及支付机构稳健运行、损害客户合法权益或危害支付服务市场的违法违规行为。



案例与思考

2015 年春节, 微信红包借助春晚摇一摇, 成为全国瞩目的现象级产品。微信官方公布的数据显示, 除夕当天, 微信红包收发总量达 10.1 亿次, 是 2014 年的 200 倍, 在央视春晚送红包互动中, 微信摇一摇总次数 72 亿次, 峰值 8.1 亿次/分钟。微信红包的爆红, 也让微信红包及其背后的微信支付置身于舆论的放大镜下。

不少首次接触微信支付的用户发现, 微信红包确实很方便, 不需要绑定银行卡就能收红包。而收到的红包不仅能转账给别人, 还能用来充话费、买彩票。更让人意外的是, 如果用户没有绑定银行卡, 在转账、充话费、买彩票时设置都无须输入任何支付密码就能直接完成支付。

据中国电子商务研究中心在发布的《“红包大战”后遗症及对策建议》中分析, 微信红包的这些便捷设置源于其忽视了监管规定的实名要求。

根据央行《非金融机构支付服务管理办法实施细则》和《支付机构反洗钱和反恐怖融资管理办法》的规定, 网络支付机构在为客户开立支付账户时, 应当识别客户身份, 登记客户身份基本信息, 通过合理手段核对客户基本信息的真实性。具体来说, 客户通过银行结算账户进行支付的, 支付机构应当记载相应的银行结算账号。客户通过非银行结算账户进行支付的, 支付机构还应当记载客户有效身份证件上的名称和号码。

中国电子商务研究中心的报告认为, 微信支付作为财付通所提供的网络支付业务, 应当遵循上述规定。微信支付上述违规的风险在于, 一旦匿名用户发生交易纠纷、欺诈案件, 若收款方为匿名用户, 微信支付只能提供对方的开通微信时的手机号码, 而完全无法披露收款人的身份信息, 使得付款人无法通过合法渠道获得救济。这将对金融秩序、用户合法权益的保护带来挑战。

按照央行对支付机构的监管规定, 非实名的收款属于违规行为。不实名支付的情况仅适用于 1 000 元以下的非实名卡预付卡, 但非实名卡仅允许在特约商户消费, 不允许匿名转账, 更不能赎回。

据了解, 微信零钱包匿名情况下可以收款 3 000 元, 且单笔 200 元以内可以匿名转账、3 000 元以内可以匿名消费。虽然有一定的额度限制, 但考虑到微信红包春节期间的收发总量达到 32.7 亿次, 参与用户众多, 匿名收付款的潜在风险值得关注。

目前微信支付并没有申请支付牌照, 而是借助腾讯旗下的财付通提供服务。中国电子商务研究中心互联网金融部助理分析师陈莉认为, 假如微信是财付通的业务外包商, 根据《非

《金融机构支付服务管理办法》第十七条，支付机构应当按照《支付业务许可证》核准的业务范围从事经营活动，不得从事核准范围之外的业务，不得将业务外包。“所以财付通把业务‘外包’给微信，有‘擦边球’违规之嫌。”

- 思考：1. 微信红包的存在是否具有法律依据？
2. 微信红包中消费者的权利与义务有哪些？

自测题

一、单选题

- 国内第一家网上银行是（ ）。
A. 招商银行网上银行 B. 中国农业银行网上银行
C. 中国银行网上银行 D. 中国建设银行网上银行
- 电子银行业务不包括（ ）。
A. 网上银行业务 B. 电话银行业务
C. 手机银行业务 D. 柜台取款业务
- 我国开展电子银行业务主要依据（ ）。
A. 《电子银行业务管理办法》 B. 《关于改进个人支付结算服务的通知》
C. 《电子支付指引（第一号）》 D. 《网上银行业务管理暂行办法》
- 下列不属于网上支付模式的是（ ）。
A. 银行网关的模式 B. 第三方支付平台模式
C. 银联的模式 D. 第四方支付平台模式
- SET协议的信用卡支付属于（ ）。
A. 无加密的信用卡支付 B. 简单加密的信用卡支付
C. 通过第三方验证的信用卡支付 D. 专用协议信用卡支付

二、多选题

- 电子支付法律关系当事人包括（ ）。
A. 买方 B. 卖方
C. 银行 D. 数据通信网络
- 下列属于电子认证服务机构的义务的是（ ）。
A. 信息披露的义务 B. 保密义务
C. 使用可信赖系统的义务 D. 妥善保管自身私钥的义务
- 下列属于电子银行风险控制的有（ ）。
A. 数据安全控制 B. 风险责任控制
C. 风险技术控制 D. 任意控制

三、判断题

1. 支付宝属于第三方支付。()
2. 发放电子证书既是电子认证服务机构的权利, 又是电子认证服务机构的义务。()
3. 金融机构按计划决定停办部分电子银行业务类型时, 应于停办该业务前 1 个月内向中国银监会报告, 并予以公告。()

四、简答题

1. 简述网上银行的种类。
2. 网上银行模式有哪些?

实训题

实训一 登录中国建设银行, 申请网上个人银行服务

操作步骤如下:

- (1) 打开 IE 浏览器, 输入网址 http://www.ccb.com/cn/ebank/wsyh_oroducts_list.html。
 - (2) 单击左侧“网上银行服务” | “个人网上银行” | “新用户注册”(红字)。
 - (3) 查看“中国建设银行个人网银申请风险提示”, 并选择相应选项, 单击“继续申请网上银行”。
 - (4) 单击“中国建设银行网上银行个人客户服务协议”, 阅读相关条款。
 - (5) 填写相关信息后, 单击“确认”。(做到此步骤登录, 只能进行账户余额查询)
 - (6) 持有效证件、建行账户到建行网点办理签约手续。
 - (7) 登录建行网上银行, 按照提示设置交易密码, 下载证书。
- 注: 若无中国建设银行相关账号或账户, 可在“个人网上银行”下的“网上银行功能演示”中进行操作。

实训二 登录中国建设银行, 通过网上个人银行服务

查询自己账户的款项收支情况

操作步骤如下:

- (1) 打开 IE 浏览器, 输入网址 http://www.ccb.com/cn/ebank/wsyh_product_slist.html。
- (2) 单击左侧“网上银行服务” | “个人网上银行”。
- (3) 输入身份证号码、登录密码和附加码, 单击“登录”按钮。
- (4) 单击想要查询的账户。
- (5) 单击“查询余额”。

(6) 单击账户余额的金额, 单击“查询明细”。

(7) 输入起止时间, 单击“确认”按钮。

注: 若无中国建设银行相关账号或账户, 可在“个人网上银行”下的“网上银行功能演示”中进行操作。

实践技能要点解读

安全是建设银行网上银行应用的关键和核心。为了能让客户安全、放心地使用网上银行, 建设银行制定了八大安全策略, 以全面保护客户的信息资料与资金的安全。

(1) 短信服务

建设银行网上银行提供了从登录、查询、交易, 直到退出的每一个环节的短信提醒服务, 客户可以直接通过网上银行捆绑其手机, 随时掌握网上银行的使用情况。

(2) 加强证书存储安全

建设银行网上银行系统可支持网银盾证书功能, 网银盾具有安全性、移动性、使用的方便性。建设银行在推广网银盾证书的时候, 考虑到客户的需求, 在网银盾款式、附加功能上进行了创新, 使建设银行的网银盾更具吸引力。为保证客户的资金安全, 在用完后立即拔下网银盾。

(3) 动态口令卡

建设银行网上银行除了向客户提供证书保护模式外, 还推出了动态口令卡, 可以免除客户携带证书和使用证书的不便, 动态口令卡轻小、安全性高。

(4) 先进技术的保障

中国建设银行网上银行系统采用了严格的安全性设计, 通过密码校验、CA 证书、SSL (加密套接字层协议) 加密和服务器方的反黑客软件等多种方式来保证客户信息安全。

(5) 双密码控制, 并设定了密码安全强度

网上银行系统采取登录密码和交易密码两种控制, 并对密码错误次数进行了限制, 超出限制次数, 客户当日即无法进行登录。在客户首次登录网上银行时, 系统将引导客户设置交易密码, 并对密码强度进行了检测, 拒绝使用简单密码, 有利于提高客户端的安全性。

(6) 交易限额控制

网上银行系统对各类资金交易均设定了交易限额, 以进一步保证客户资金的安全。

(7) 信息提示, 增加透明度

在网上银行操作过程中, 客户提交的交易信息及各类出错信息都会清晰地显示在浏览器屏幕上, 让客户清楚地了解该笔交易的详细信息。

(8) 客户端密码安全检测

建设银行网上银行系统提供了客户端密码安全检测, 能自动评估网上银行客户密码安全程度, 并给予客户必要的风险警告, 有助于提高客户安全意识。

小组任务

1. 小组组成及任务

案例：网银被一次性盗转 3 万多元 银行赔偿四成（网络中查找即可）。

任务：法庭模拟审理“网银被一次性盗转 3 万多元 银行赔偿四成”。

团队：全班学生分成 3 个组，第一组为原告，第二组为被告，第三组为法官、书记员和陪审员。

2. 要求

各团队准备相应诉讼材料，在法庭模拟审理本章案例与思考时完成并体会相应角色。同时熟悉并掌握相应法律知识。

双方主要准备《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国反不正当竞争法》。

第一组（原告）准备材料：身份证号码、网银登录密码、转账密码及电子证书、银行转账记录。报案记录。央行规定，网银支付业务单笔金额不应超过 1 000 元，每日累计金额不应超过 5 000 元的法律文件。

第二组（被告）银行准备材料：原告的网银账号登录记录和免责法律文件。

第三组（法官、书记员和陪审员）审查证据，并借助网络，写出判决书。

第 5 章

电子商务安全保障与争议解决法律制度



引导性案例

当今世界各国高度重视网络安全，以法律形式、法律思维推动整个网络安全，依法惩治各种网络违法犯罪行为。中国作为网络大国更需与时俱进，走在法治的前列，用法律的手段为网络安全保驾护航。

事实上，我国对于完善网络安全的立法工作一直在不断地尝试和努力中。

1994 年，我国开启了信息安全立法的历史，但现行的信息安全立法现状并不乐观。

2013 年 9 月，最高人民法院和最高人民检察院发布《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。

2014 年 2 月，“两高”又发布了《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

2014 年 5 月，“两高”和公安部对网络犯罪案件如何适用刑事程序作了专门规制。

上述这些司法解释为严惩网络犯罪提供了必要的法律依据。但网络安全基本法却一直缺位，相关的法律规定大部分仍然散见于各个部门法，缺乏统一的立法理念，立法层级较低，立法结构不合理。

2015 年 7 月初，网络安全法(草案)(以下简称草案)在全国人大网上全文公布，并向社会公开征求意见一个月。草案共 7 章 68 条，涉及网络安全战略、运行安全、信息安全、监测预警、法律责任等方面。每一项法条都连接着生动的现实，关乎每一个网民的切身利益与安全。草案中的一些显著条款包括国家实行网络安全等级保护制度、网络运营者应当加强对用户个人信息、隐私和商业秘密的保护等。数据保护也是其中一个重要议题，该草案责令互联网公司加大用户数据保护力度，并在危及用户数据的事件发生时迅速响应。另外，还将推进实名制监管。



本章学习目标

1. 掌握电子商务安全的基本含义。
2. 了解和熟悉电子商务安全需求。
3. 了解我国电子商务安全的现状及其存在的隐患。
4. 了解我国保护电子商务交易安全的法律法规。
5. 熟悉在线争议的非诉讼解决方式。



能力指标解析表

电子商务安全保障与争议解决法律制度

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子商务安全与网络犯罪的防范	0.5	电子商务安全与网络犯罪概述	0.3	电子商务安全的基本要求	0.3
				电子商务安全隐患	0.3
				网络犯罪	0.4
		我国电子商务安全的法律保护	0.3	计算机及网络安全立法	0.5
				我国保护电子商务交易安全的法律法规	0.5
		网络犯罪及其防范	0.4	网络犯罪的现状	0.2
				网络犯罪的成因分析	0.3
				网络犯罪的应对	0.3
网络犯罪防治法律的完善	0.2				
电子商务争议解决法律制度	0.5	电子商务中的民事诉讼管辖	0.2	传统的民事诉讼司法管辖	0.3
				电子商务纠纷管辖权的确定	0.7
		在线争议的非诉讼解决方式	0.4	在线争议解决机制（ODR）的概念	0.2
				在线争议解决机制（ODR）的优势	0.2
				在线争议解决的方式	0.6
		电子证据的运用	0.4	电子证据的含义	0.3
				电子证据的收集与保全	0.7



职业指导

安全问题与在线争议解决问题一直困扰着电子商务的发展。网络入侵、网络攻击等非法活动,严重威胁着电信、能源、交通、金融以及国防军事、行政管理等重要领域的信息基础设施的安全;非法获取、泄露甚至倒卖公民个人信息、侮辱诽谤他人、侵犯知识产权等违法活动在网络上时有发生,严重损害公民、法人和其他组织的合法权益。而且,“宣扬恐怖主义、极端主义,煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度以及淫秽色情等违法信息,借助网络传播、扩散,严重危害国家安全和社会公共利益”。为此,保证电子商务安全的人才主要有计算机硬件人才,如硬件的生产与维护人才;计算机软件人才,如操作系统软件、应用软件和数据库

开发与维护人才；计算机网络人才，如计算机网络工程师、网络安全管理员等；电子商务交易安全人才，如电子认证机构人员、法律人才等。另外，随着电子商务应用深度的增强，交易纠纷也随之大量产生，这些纠纷很难通过传统的方法（如调解或诉讼等方式）来解决。为此，在线仲裁、在线调解和在线和解等专门人才需求量也日益增加。

5.1 电子商务安全与网络犯罪的防范

5.1.1 电子商务安全与网络犯罪概述

安全问题一直困扰着电子商务的发展。诸如计算机病毒、计算机黑客、计算机网络系统自身脆弱性等各方面已经对电子商务安全构成严重威胁。在网络侵权与网络犯罪日益猖獗的今天，如何建立一个安全、便捷的电子商务应用环境，对信息提供足够的保护，是网络平台提供者、使用者和有关部门关心的重大问题。

1. 电子商务安全的基本要求

电子商务是依托计算机及网络进行货物贸易和服务交易，并提供相关服务的商业形态。电子商务安全主要是指电子商务平台和交易双方身份的真实性和交易信息质量的安全性。

相关链接 棱镜门事件及其影响

2013年6月5日，前美国中央情报局雇员德华·斯诺登向英国《卫报》和美国《华盛顿邮报》爆料，曝光了美国国家安全局（NSA）等美国政府部门监视公民隐私的“棱镜”项目，一向标榜“坚决捍卫公民隐私和人权”的美国政府，陷入巨大的舆论旋涡之中。此消息一出，举世哗然。在此后的时间里，一连串的新闻报道更加印证了许多隐私倡导者担心很久的一个问题：全球的网络、电子通信，正处在以美国政府为主导的监控之下。

2013年12月18日，联合国大会通过了一项“数字时代隐私权”的决议。决议强调，隐私权是民主社会的基础之一，非法或任意监控通信以及收集个人数据，是侵犯隐私权和言论自由权利的行为，背离了民主社会的信念。决议也要求各国建立有效的国内监督机制，确保涉及通信监控和截取，以及对个人数据收集的透明度，并接受问责。这项决议虽然没有强制效力，却在政治和道德层面体现了国际社会对保护网络 and 电子通信使用者隐私权的态度，表达了对越界情报行动以及对个人数据大规模搜集的批评与忧虑，而这或许是斯诺登以及“棱镜门”带给整个世界的一个巨大的改变。

（1）电子商务平台和交易双方身份的真实性

① 服务器的真实性。服务器是电子商务交易平台的主要支撑。作为网络电子商务的节点，服务器存储、处理网络上80%的数据、信息，因此也被称为网络的灵魂。TCP/IP协议不能确认一个信息包是否确实来自用户指定的域名地址。当网络入侵者可以利用IP欺骗技术

时,可以改变其他使用者的链接,使其进入网络入侵者所指定的网站服务器,但使用者却无法察觉这一改变。

② 交易双方身份的真实性。电子商务交易双方通过虚拟网络进行接触,如果不进行身份真实性的识别,第三方就有可能假冒交易一方的身份,以破坏交易。

(2) 交易信息质量需求

① 交易信息的完整性。在电子商务中,信息的内容可能在传输中被更改或删除,所以应当保证交易信息的完整性。交易信息完整性是指信息在传输过程中受到保护,没有在未经授权或偶然的情况下被更改或破坏。

② 交易信息的保密性。交易信息的保密性包括交易信息的隐私问题和交易内容的保密性。

交易信息的隐私问题。这里所说的信息隐私,是指用户在网上过程中所涉及的各种操作行为和事项,如日期、时间、浏览过的网页等。

交易内容的保密性。信息在传输过程中,只有发送者和接收者知道,保证信息不被他人截取或者即使截取了也无法知道真实内容。因此,需要对网上传输的信息先加密再传输。

③ 交易信息的不可抵赖性。交易信息的不可抵赖性是指在电子商务交易过程中,信息双方必须对他们发送的信息和接收到的信息进行认可。交易双方必须对自己的交易行为负责,信息发送者和接收者都不能予以否认。进行身份识别后,如果出现抵赖的情况,就有了反驳的依据。其关键在于,对所有的信息进行“数字签名”,使得他们难以抵赖。

④ 交易信息的有效性。保证交易数据在确定价格、期限、数量以及确定时刻、地点时是有效的。在电子商务中,由于电子形式取代了纸张,保证电子形式的交易信息的有效性,对于顺利开展电子商务非常重要。

2. 电子商务安全隐患

由于电子商务所信赖的互联网在诞生时,设计者只考虑到开放性与方便性,使其存在安全隐患,极易受到各种攻击或入侵。这对电子商务安全提出了严峻的挑战。

具体而言,电子商务中的安全隐患可分为如下几类。

(1) 计算机安全隐患

计算机存在的安全隐患主要是指硬件安全与系统软件及数据库具有漏洞。

硬件安全是指保护计算机主机硬件和物理线路的安全,保证其自身的可靠性和为系统提供基本安全机制。影响物理安全的主要是自然事件或人为损坏,包括火灾、自然灾害、辐射、硬件故障、搭线窃听、盗窃、偷窃和超负荷。

系统软件安全是指保护软件和资料不会被篡改、泄露、破坏、非法复制(包括有意或无意)。系统软件安全的目标是使计算机系统逻辑上安全,使系统中的信息存取、处理和传输满足系统安全策略的要求。系统软件可分为操作系统软件和应用软件,其中应用软件包括数据库。

(2) 网络安全隐患

计算机互联网的开放性和资源共享等优势,用户如果无安全保护措施,其他用户也可以

非常方便地访问他的计算机。互联网上使用的 TCP/IP 协议或多或少存在漏洞,从而给电子商务的正常交易造成了一定的不安全因素。此外,现行网络安全管理也存在一定的问题,主要体现在许多信息系统缺少安全管理员,缺少信息系统安全管理的技术规范,缺少定期的安全测试和检查,缺少安全审计等。

(3) 电子商务交易安全隐患

交易安全性仍是目前我国开展电子商务的主要障碍,我国电子商务交易仍存在以下安全隐患。

① 交易主体的真实性。当攻击者掌握了网络信息数据规律或解密了商务信息以后,可以假冒或伪造合法用户或发送虚假信息欺骗其他用户。

相关链接

假冒或伪造他人身份。如虚构或冒充主机欺骗合法主机及合法用户;冒充网络控制程序,套取或修改使用权限、通行字、密钥等信息;伪造大量用户,发电子邮件,穷尽商家资源,使合法用户不能正常访问网络资源等。

虚拟或伪造电子信息。犯罪虚开网站和商店,给用户发电子邮件,收订货单等。

② 电子商务交易信息的截获和窃取。如果没有采用加密措施或加密强度不够,攻击者可能通过互联网、公共电话网、搭线、电磁波辐射范围内安装截收装置,或在数据包通过的网关和路由器上截获数据等方式,获取传输的机密信息,或通过对信息流量和流向、通信频率和长度等参数的分析,推出有用信息,如消费者的银行账号、密码以及企业的商业机密等。

③ 交易信息的篡改和抵赖。当攻击者熟悉了网络信息格式以后,通过各种技术方法和手段对网络传输的信息进行中途修改,并发往目的地,从而破坏信息的完整性。交易抵赖则包括多个方面,如发信者事后否认曾经发送过某条信息或内容;收信者事后否认曾经收到过某条消息或内容;购买者做了订货单不承认;商家卖出的商品因价格差而不承认原有的交易。

3. 网络犯罪

由于电子商务存在计算机及其网络的安全隐患和交易安全隐患,因此成为犯罪的场所。现今诸多犯罪行为涉及网络与电子商务,如果不能有效地治理网络犯罪,必然会严重干扰网络经济活动的有序运行。电子商务中的犯罪只是网络犯罪的一种形式。网络犯罪是一种新的犯罪现象,法学界对其研究尚处于起步阶段,其所涉及的许多问题都难以达成共识,加之与之相应的刑事立法尚未完善、相关的司法解释未能及时出台,致使网络犯罪在司法实践中发生了不少争议,导致一些案件难以处理。

(1) 网络犯罪的概念

网络犯罪是指行为人运用计算机及网络技术对其他计算机系统或信息进行攻击、破坏或利用网络进行其他犯罪的总称。既包括行为人运用其编程、加密、解码技术或工具在网络内实施的犯罪,也包括行为人利用软件指令、网络系统或产品加密等技术及法律规定上的漏洞在网络内外交互实施的犯罪,还包括行为人借助于其居于网络服务提供者(网站 ISP 分为网络接入提供商 IAP 和网络信息提供商 ICP)特定地位或其他方法在网络系统实施的犯罪。简

言之,网络犯罪是针对和利用网络进行的犯罪,网络犯罪的本质特征是危害网络及其信息的安全与秩序。

网络犯罪(Online Crime)一词并非法定概念,与“经济犯罪”、“青少年犯罪”一样都不是刑法中单独规定的罪名,而是犯罪学意义上对一种新型犯罪的统称。网络犯罪是伴随着计算机及网络技术的普及、发展而出现的一种高智商、高科技犯罪,是计算机与网络技术发展到高级阶段的产物。

网络犯罪可分为:以网络信息系统安全为侵害对象的犯罪,具体包括非法侵入计算机信息系统罪和破坏计算机信息系统罪,如传播病毒、特洛伊木马术、蠕虫、逻辑炸弹等;以网络为工具的犯罪,这类犯罪以网络为犯罪手段,视其为工具,称为网络工具犯罪。

(2) 网络犯罪的特点

网络犯罪是一种新兴的犯罪形态,同传统的犯罪相比有以下特点。

① 计算机与网络技术依赖性。网络犯罪是一种新型的犯罪形式。网络特别是互联网为犯罪提供了新型工具。犯罪分子在实施犯罪行为的过程中一般采取计算机网络、微波通信、卫星等高智能系统来传输数据,进行犯罪活动,从而达到犯罪目的。因此,网络犯罪是一种典型的高技术智能犯罪,信息技术依赖性网络犯罪的本质特点。

② 网络犯罪的便利性。网络犯罪过程具有极大的隐蔽性。网络犯罪存在于一个虚拟的空间,由于相关的侦查取证的困难,使网络犯罪的侦破变得尤为不易,多数犯罪分子因而逃避了法律的惩罚。网络犯罪的隐蔽性体现为:网络犯罪作案快速性使犯罪更具有隐蔽性,犯罪分子利用网络实施犯罪的时间极短,常常在几分钟,甚至几秒钟的时间内就能完成犯罪行为的全部或一部分,比以往的传统犯罪(如抢劫银行、盗窃财物等)要迅速得多,并且也不易被立即察觉;网络犯罪基本上通过程序对一些无形的信息和数据进行操作,这使破坏性程序能很好地隐藏在操作系统中,只有在特定的时刻和特定的条件下才被激活执行;网络犯罪中窃取数据、信息一般不会对计算机、网络设备、软件和信息造成任何破坏,同时一般也不会留下任何作案痕迹;网络犯罪一般不受时间、地点及环境(如季节、天气、昼夜等)因素的影响。

网络犯罪投入成本低、传播迅速。绝大多数犯罪分子只需接入 Internet 就能够进行远距离作案,而且这些犯罪活动操作起来极为方便。因此,网络犯罪使犯罪成本急剧减少,犯罪的社会危害性大大增加,并且还削弱了国家对犯罪的预防和控制能力,也导致了犯罪率的上升。

③ 网络犯罪后果严重。网络犯罪具有扩散性。表现为危害结果的扩散,这种危害的扩散使全世界众多的国家都遭受到巨大的损失,甚至产生失控的后果。此类犯罪一旦实施,往往会导致社会的管理、控制系统陷入瘫痪状态,正常的社会生活被打乱,社会成员的公共安全感下降,甚至产生严重的社会危机,威胁国家的安全。

同时网络犯罪的破坏性极强。网络的普及程度越高,网络犯罪的危害也就越大,而且网络犯罪的危害性远非一般传统犯罪所能比拟,不仅会造成财产损失,而且可能危及公共安全和国家安全。随着计算机信息技术的不断发展,从国防、电力到银行和电话系统现在都是数字化、网络化,一旦这些部门遭到侵入和破坏,后果将不堪设想。与传统的犯罪相比,网络

犯罪所产生的影响和后果要严重得多,尤其在信息技术日益发达的今天,犯罪分子有时只需在键盘上轻轻敲几下,就有可能窃取巨额的款项或造成重大损失。此外,网络犯罪对知识产权、个人隐私和国家安全也形成巨大的威胁,尤其涉及国家机密或战略决策的计算机系统,一旦遭到侵犯或破坏,就可能给国家主权与安全带来灾难性的后果。

(3) 网络犯罪构成

与其他犯罪相同,网络犯罪也具有严重的社会危害性、刑事违法性与应受刑法惩罚性三个最基本特征。网络犯罪是一种比较特殊的犯罪形态,毫无疑问又具有不同于其他犯罪类型的独有的构成特征。构成网络犯罪应具有以下特征:

① 网络犯罪的犯罪主体。犯罪主体是指实施危害社会的行为、依法应当负刑事责任的自然人和单位。网络犯罪的犯罪主体是一般主体,既可以是自然人也可以是法人。网络犯罪分子主要是一些掌握计算机技术的专业研究人员或对计算机有特殊兴趣并掌握网络技术的人员,他们大多具有较高的智力水平,既熟悉计算机及网络的功能与特性,又洞悉计算机及网络的缺陷与漏洞,他们能够借助自身技术优势对信息网络发动攻击,对网络信息进行侵犯,并达到预期的目的。因此,只要是具有一定计算机网络专业知识水平的人,不论其年龄大小,从事何种职业,都可能成为网络犯罪的主体。

② 网络犯罪的犯罪客体。犯罪客体,是指我国刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社会主义社会关系。网络犯罪的犯罪客体是为刑法所保护的而为网络犯罪行为所侵犯的一切社会关系。网络犯罪所侵犯的直接客体是多种多样的,并且侵犯的是复杂客体,有的行为侵犯计算机系统的管理秩序,有的危害计算机系统的安全保护制度,有的还危害国家安全、国家和人民群众的人身和财产安全等。

③ 网络犯罪的主观方面。犯罪主体所要求的刑事责任年龄、犯罪的故意和过失、犯罪的动机与目的,称为犯罪的主观要件。网络犯罪的主观方面表现为故意。这是因为,在这类犯罪中,犯罪行为入系统以前,需要通过一定方式输入指令或利用技术手段突破系统的安全屏障。利用网络实施危害社会的行为,具有极强的主观故意。

④ 网络犯罪的客观方面。网络犯罪的客观方面,又称为犯罪客观要件、犯罪客观因素,是指刑法规定的构成犯罪的客观外在表现。网络犯罪的犯罪客观方面表现为违反有关计算机网络管理法律、法规,侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术等国家网络系统和大众网络系统,对网络系统功能、数据和应用程序等进行删除、修改,或者破坏计算机系统软件、硬件设备等侵害计算机系统安全的行为,以及利用网络实施偷窥、复制、更改或者删除网络信息,诈骗,网络色情传播,侮辱,诽谤与恐吓等犯罪行为。网络犯罪行为的表现形式只能是积极的作为,即犯罪人只能是积极的实施侵入、删除、增加或者干扰等网络犯罪行为,才能构成网络犯罪。

(4) 网络犯罪的类型

网络犯罪主要包括只能直接在网络上实施的犯罪和网络关联犯罪两类。

① 直接在网络上实施的犯罪。在网络上实施的犯罪通常包括以下四种:侵入计算机系统罪、破坏计算机信息系统功能罪、破坏计算机数据和应用程序罪、制作与传播破坏性程序罪。这类网络犯罪只能在计算机信息系统网络内实施,主要对象是计算机程序或数据,属于

信息攻击或破坏行为。如袭击网站,即侵入网站服务器主机,并在其中设置袭击程序,在特定的时间内袭击目标网站,使其系统局部功能失灵,并导致网站网络系统瘫痪;在线传播破坏性病毒或逻辑炸弹、蠕虫、特洛伊木马等其他破坏性程序。

② 网络关联犯罪。网络关联犯罪的表现形式较多,常见的有:网络盗窃,即以解码、修改指令等方法,擅自破译他人接受某项网络服务的密码,侵入系统终端,达到盗获他人网络接入服务的行为;网络诈骗,包括利用网络信息服务、网络商务、电子银行、在线商店、网上拍卖等业务,从事假支付、真诈骗的活动。同时,还有出于各种目的,向各电子信箱、公告板发送或粘贴大量有人身侮辱、诽谤或恐吓等内容文章或者图片,以及散布各种谣言来侮辱、诽谤和恐吓他人;网络色情传播,由于网络支持图片传输,于是大量色情图片、电影等就横行于网络上,导致了大量的犯罪的出现,也影响了网络环境的健康。随着网络技术的发展,色情资料就越来越多地以声音和图像的形式出现在网络上。

5.1.2 我国电子商务安全的法律保护

电子商务安全主要包括计算机及其网络安全和电子商务交易安全,为此,我国的电子商务安全保护法制建设也是围绕着这两个领域展开的。

1. 计算机安全立法

我国现行法律制度对计算机安全保护表现在两个方面:一个是对计算机系统的安全保护,另一个是对计算机犯罪的防范打击。对计算机系统的安全保护又包括对计算机系统中薄弱环节的检查,即对现有计算机系统和设计中的计算机系统应有的安全检查和审查,找出其薄弱环节和安全隐患,对安全隐患及时加以补救,增加计算机系统的安全保护能力。

(1) 立法概述

我国的计算机及网络安全立法与IT技术发展同步,始于20世纪80年代,并逐步形成以刑法为统领的打击计算机及网络犯罪的法律体系。1997年10月1日起我国新《刑法》开始实施,第一次增加了计算机犯罪的罪名,包括非法侵入计算机系统罪,破坏计算机系统功能罪,破坏计算机系统数据程序罪,制作、传播计算机破坏程序罪等。这表明我国计算机法制管理正在步入一个新阶段,并开始和世界接轨,计算机法的时代已经到来。此前,1991年5月24日,国务院第八十三次常委会议通过了《计算机软件保护条例》,这是我国颁布的第一个有关计算机的法律,为保护计算机软件设计人的权益,调整计算机软件在开发、传播和使用中发生的利益与法律关系,加快计算机软件的开发与流通过程,促进计算机应用事业的健康发展起了基础性作用。1994年《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》(以下简称《条例》)得以实施,为保护计算机信息系统的安全,促进计算机的应用和发展,保障经济建设的顺利进行提供了法律保障。该《条例》既有安全管理,又有安全监察,以管理与监察相结合的办法保护计算机资产。自1994年以来,国务院及其有关部委相继出台了一系列涉及网络安全的行政法规,如《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》、《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》、《中国互联网络域名注册暂行管理办法》、《计算

机信息网络国际联网安全保护管理办法》、《计算机信息系统网络国际联网出入口信道管理办法》和《中国公用计算机互联网国际联网管理办法》等。认真落实这些强制性的安全措施,就能够为计算机网络系统提供良好的运作环境。

(2) 计算机安全法制建设

① 计算机信息系统安全等级保护制度。根据《条例》,为了加强计算机信息系统安全保护工作,我国公安部制定了《计算机信息系统安全保护等级划分准则》(以下简称《准则》)。该《准则》将计算机信息系统的安全保护等级划分为用户自主保护级、系统审计保护级、安全标记保护级、结构化保护级、访问验证保护级5个级别。这5个级别的安全保护能力依次增强,计算机信息系统的安全等级越高,其安全保护能力就越强。用户可以根据自己计算机信息系统的重要程度确定相应的安全保护级别,并针对相应级别进行建设。

② 计算机案件强行报告(Compulsory Reporting)制度。根据《条例》第十四条规定:“对计算机信息系统中发生的案件,有关使用单位应当在24小时内向当地县级以上人民政府公安机关报告。”

要求有关使用单位对计算机信息系统中发生的案件向公安机关报告是根据《条例》第十三条规定:计算机信息系统的使用单位应当建立健全安全管理制度,负责本单位计算机信息系统的安全保护工作。计算机信息系统各不相同,使用的安全技术、安全管理手段也是千差万别。将计算机信息系统安全的责任放到各单位、各部门,有利于各个使用单位按照《条例》规定,高度重视计算机信息系统的安全保护工作,认真落实计算机信息系统的安全责任制,自觉做好计算机安全保护工作。而对危害计算机信息系统安全的违法犯罪进行查处,则是各地公安机关的职责。计算机案件24小时强行报告制度,是迅速、及时地侦察计算机犯罪案件的重要保障。

③ 计算机病毒(Harmful Data)的防治。计算机病毒是指编制或者在计算机程序中插入的破坏计算机功能或者破坏数据,影响计算机使用并且能够自我复制的一组计算机指令或者程序代码。现在流行的病毒是由人为故意编写,并广为传播的,多数病毒可以找到作者和产地信息。计算机病毒具有寄生性、传染性、潜伏性、隐蔽性和破坏性特点。计算机资源的损失和破坏,不但会造成资源和财富的巨大浪费,而且有可能造成社会性的灾难,随着信息化社会的发展,计算机病毒的威胁日益严重,反病毒的任务也更加艰巨了。

相关链接

全国最大制售木马病毒案

2007年5月至2008年8月间,吕某、曾某等为牟利先后编写了国内流行的完美国际、魔兽世界等40余款网络游戏的木马程序,用于窃取网络游戏玩家的账号、密码,并约定由严某代理销售该木马程序,吕某、曾某提供技术支持,盈利分成。

2008年3月,严某将上述程序以其女友陈某的网名冠名为“温柔”木马,在互联网上传播销售,并逐步形成了以严某、陈某为总代理,30多人为分代理的传播销售网络。

据悉,他们先将木马程序植入网站,网民点击该网站时便会立即中木马病毒,该木马程

序自动植入网民的计算机系统并运行,致使该木马程序在互联网上广泛传播。中了这些木马病毒的网民一旦登录自己的网络游戏,游戏账号和密码就会自动发送到木马所指定的服务器内。他们再进一步转卖给其他涉案人员,将受害网民账号内的游戏币、游戏装备等盗走销售获利。

至2008年8月,“温柔”系列木马病毒非法入侵各类网站1200多个,严重影响了40余款网络游戏的正常运行,至少造成800余万个游戏玩家的游戏账号密码、游戏装备被盗,使网易等13家游戏公司遭受重大经济损失。通过上述犯罪行为,吕某、曾某各获利32万余元,其他被告人牟利几千至十万元不等。

敲诈者病毒兴起,PC端、手机端敲诈者病毒导致大量用户受害

VirLock“敲诈者病毒”最早于2014年12月在国外被发现,最新变种与CTB-Locker“敲诈者病毒”同期传入国内。VirLock主要通过伪装成EXE文件迷惑用户,病毒会感染DOC、XLS、PDF、PPT、PNG、GIF、BMP、PSD、JPG、MP3、MPG、RAR、ZIP文件,将其变成EXE文件,被感染文件比原始文件扩大500kB左右,并且原文件的版本信息会丢失。用户运行被感染文件后就会中招,硬盘中的文件会被锁定,并弹出提示框,提示用户付费(0.71BTC,约合人民币1000元)恢复被感染文件,黑客以此向用户实施敲诈。

据360安全专家安扬介绍,与之前传入国内的CTB-Locker“敲诈者病毒”相比,VirLock感染的文件类型更多,包括了常见的MP3和MPG等影音文件,这意味着受影响的用户范围会更大,传播也会更广。

对危害计算机信息系统的有害数据的防治是为了加强对计算机病毒的预防和治理,保护计算机信息系统安全。我国公安部根据《计算机信息系统安全保护条例》,于2000年4月26日发布了《计算机病毒防治管理办法》,成为我国计算机病毒防治工作的重要法律依据。计算机病毒是一种可执行程序,具有广泛的传染性、极大的潜伏性、极强的破坏性等特点。防治计算机病毒,必须加强法制建设,制定、完善相关的法律、法规,运用法律手段以规范人们在计算机病毒防治工作中的行为。

根据《计算机病毒防治管理办法》规定,为了防止计算机病毒的制作和传播,严禁任何单位和个人从事下列行为:制作计算机病毒;故意输入计算机病毒,危害计算机信息系统安全;向他人提供含有计算机病毒的文件、软件、媒件;销售、出租、附赠含有计算机病毒的媒件;其他传播计算机病毒的行为。

计算机信息系统的使用单位在计算机病毒防治工作中应当履行下列职责:建立本单位的计算机病毒防治管理制度;采取计算机病毒安全技术防治措施;对本单位计算机信息系统使用人员进行计算机病毒防治教育培训;及时检测、清除计算机信息系统中的计算机病毒,并备有检测、清除的记录;使用具有计算机信息系统安全专用产品销售许可证的计算机病毒防治产品;对因计算机病毒引起的计算机信息系统瘫痪、程序和数据的严重破坏等重大事故及时向公安机关报告,并保护现场。

我国公安部公共信息网络安全监察部门主管全国的计算机病毒防治管理工作。地方各部

公安机关具体负责本行政区域内的计算机病毒防治管理工作。任何单位和个人应当接受公安机关对计算机病毒防治工作的监督、检查和指导。

2. 我国网络安全的法律保护

(1) 网络安全法草案

2015年6月,第十二届全国人大常委会第十五次会议初次审议了《中华人民共和国网络安全法(草案)》,并将其在中国人大网公布,向社会公开征求意见。草案共7章68条。关于保障网络产品和服务安全,草案规定网络产品和服务提供者不得设置恶意程序,及时向用户告知安全缺陷、漏洞等风险,持续提供安全维护服务等;关于保障网络数据安全,草案要求网络运营者采取数据分类、重要数据备份和加密等措施,防止网络数据被窃取或者篡改;关于保障网络信息安全,草案明确了网络运营者处置违法信息的义务,赋予有关主管部门处置违法信息、阻断违法信息传播的权力。

(2) 其他网络安全的法律保护

① 严格的市场准入制度。《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》规定了从事国际互联网经营活动和从事非经营活动的接入单位必须具备的条件:是依法设立的企业法人或者事业单位;具备相应的计算机信息网络、装备以及相应的技术人员和管理人员;具备健全的安全保密管理制度和技术保护措施;符合法律和国务院规定的其他条件。

另外,《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》规定,进行国际联网的计算机信息系统,由计算机信息系统的使用单位报省级以上的人民政府公安机关备案。

② 加强国际互联网出入信道的管理。《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》规定,我国境内的计算机互联网必须使用国家公用电信网提供的国际出入信道进行国际联网。任何单位和个人不得自行建立或者使用其他信道进行国际联网。除国际进出口局作为国家总关口外,邮电部还将中国公用计算机互联网划分为全国骨干网和各省、市、自治区接入网进行分层管理,以便对入网信息进行有效的过滤、隔离和监测。

③ 明确网络安全责任。

《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》对各有关方面的安全责任进行了明确而又详细的划分。

从事国际互联网业务的单位和个人,应当遵守国家有关法律、行政法规,严格执行安全保密制度,不得利用国际互联网从事危害国家安全、泄露国家秘密等违法犯罪活动,不得制作、查阅、复制和传播妨碍社会治安的信息和淫秽色情等信息。

计算机网络系统运行管理部门必须设有安全组织或安全负责人,其基本职责包括:保障本部门计算机网络的安全运行;制定安全管理的方案和规章制度;定期检察安全规章制度的执行情况,负责系统工作人员的安全教育和管理;收集安全记录,及时发现薄弱环节并提出改进措施;向安全监督机关和上一级主管部门报告本系统的安全情况。

每个工作站和每个终端都要建立健全网络操作的各项制度,加强对内部操作人员的安全教育和监督,严格网络工作人员的操作职责,加强密码、口令和授权的管理,及时更换有关密码、口令;重视软件和数据库的管理和维护工作,加强对磁盘文件和软盘的发放和保管,

禁止在网上使用非法软件、软盘。

网络用户也应提高安全意识,注意保守秘密,并应对自己的资金、文件、情报等机要事宜经常检查,杜绝漏洞。

随着计算机网络的日益普及,网络安全也关系到每一个人的切身利益。当自己的计算机被病毒侵害,被黑客入侵,而造成数据丢失、硬盘烧毁时,人们都会感到极度的痛苦和愤怒。如果发生在电子商务活动中,还会造成直接的经济损失。对于一个单位、一个国家来说,网络系统出现问题,破坏的影响面会更大,损失会更严重。所以,必须从战略高度认识这一问题,在各个应用领域、教育层次开展网络安全教育,普及网络安全知识,宣传网络安全法律法规,使人们的安全意识跟上计算机网络飞速发展的步伐。

3. 我国保护电子商务交易安全的法律法规

电子商务交易安全的法律保护问题,涉及两个基本方面:一方面,电子商务交易是不同于以往的商品交易,其安全问题应当通过专门法律加以保护;另一方面,电子商务交易是通过计算机及其网络而实现的,其安全性主要依赖于计算机及其网络的安全程度。虽然从 20 世纪 80 年代起,国家相关部门就已经开始着手制定涉及计算机安全的法律法规和维护电子商务经济秩序的相关法律法规,但至今上述法律制度尚未完善,我国目前仍未出台专门针对电子商务交易的法律法规。

为了应付电子商务法律缺失的尴尬局面,应当充分利用已经公布的有关交易安全和计算机安全的法律法规,保护电子商务交易的正常进行,并在不断的探索中逐步建立适合中国国情的电子商务的法律制度。国务院颁布的《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》和公安部颁发的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》,就是两个对电子商务具有重大影响的重要行政法规。

除此以外,我国现行的涉及交易安全的法律法规主要有以下 4 类。

- ① 综合性法律,主要是民法通则和刑法中有关保护交易安全的条文。
- ② 规范交易主体的有关法律,如公司法、合伙企业法和个人独资企业法等。
- ③ 规范交易行为的有关法律,包括合同法、产品质量法、财产保险法、价格法、消费者权益保护法、广告法和反不正当竞争法等。
- ④ 监督交易行为的有关法律,如会计法、审计法、票据法和银行法等。

电子商务是运用现代信息技术和网络技术,依托开放式的 Internet 进行营销宣传、业务洽谈以及支付结算等商务活动的新型网上在线贸易方式。它是金融电子化、管理信息化、商贸网络化、办公无纸化的综合统一体。作为一项社会系统工程,它的发展涉及银行、保险、税务、交通、海关等各部门以及政府管理职能的方方面面。各部门必须协调一致,统一规划,才能引导电子商务走向规范化道路。同时,电子商务作为一种全新的商业运作模式,它的发展必然对传统经济生活产生猛烈冲击,新情况、新问题的出现要求各相关部门及早拿出解决方案,积极主动地配合推动我国电子商务的发展。

5.1.3 网络犯罪及其防范

计算机及网络技术的高速发展,使人们的生活方式也随之发生了深刻的变化。现在人们可以通过互联网来了解世界、查询资料、购买货物、订购机票等,可以说互联网已经成为人们生活不可缺少的要素。人们的阅读、交流、娱乐乃至商业活动也越来越多地在网上进行,世界被网络紧紧地连在了一起。然而,科学技术从来就是一把双刃剑,网络也不例外。互联网在给人们带来电子商务、虚拟现实、数字地球的同时,也带来了黑客(Hacker)、计算机病毒、网络色情和网络恐怖主义。犯罪这一社会历史自然现象,随着网络的出现也有了新的发展。

网络犯罪是信息时代的产物。随着计算机以及信息网络的普遍运用,近年来,我国的网络犯罪案件一直呈上升趋势。可以说,网络犯罪已涉及绝大部分的社会犯罪现象,除了那些直接的人对人的犯罪无法通过网络直接进行外,它几乎包括所有的犯罪形式,而且近几年来许多传统类型的犯罪在互联网上也有了新的表现形式。

1. 网络犯罪的现状

(1) 用互联网危害国家安全的案件持续上升,危害性大

尽管改革开放后,阶级斗争这一概念已经淡出人们的视角。但是,在我国各类敌对分子出于政治目的,结成团伙利用 Internet 有组织地对我国实施宣传渗透、诽谤诬蔑和造谣煽动,破坏我国的国家安全和社会稳定。有“法轮功”邪教组织及其顽固分子利用互联网宣传煽动、组织指挥、相互勾结,进行非法活动;有民族分裂分子利用互联网煽动民族歧视和仇恨,组织指挥境内民族分裂分子从事破坏活动;还有一些违法人员受境外敌对组织和敌对分子的蛊惑和影响,在网上传播恶意攻击我党、政府以及国家领导人的反动有害信息等。

(2) 利用计算机网络侵犯公私财物的案件呈多发趋势

随着世界各国货币电子化进程的加快及电子商务的逐步展开,货币的存储将以电子形式出现逐渐集中到计算机中。因而,侵占财产型犯罪的实施者逐渐将目光从过去的纸质货币、保险柜、钱包等转移到了计算机上。

相关链接

从以往的网络犯罪记录来看,一些黑客具备以下技能:一是能改变信用卡记录和银行收支平衡记录;二是不花钱就能弄到大轿车,乘飞机旅行,在宾馆里食宿也无须付账;三是改变设备和房租的租金;四是为互联网上的所有用户免费分发计算机软件程序;五是轻易地获取绝密的内幕交易信息。

我国公安机关侦破的第一起发生在深圳的网络犯罪案件就是侵占财产型犯罪。近年来,这类案件一直是我国网络犯罪的主要形式,且案件数量增长较快,个案所涉及的金额越来越大,给国家、社会和个人造成的损失日益增加。随着电子商务发展速度的加快,今后一定时期内这类侵占财产型犯罪在我国有可能持续增长。

(3) 利用网络进行色情活动的案件十分突出

这类案件的违法犯罪分子有的利用互联网出售色情光盘,有的非法提供色情网络链接,有的甚至直接设立色情网页。这类案件在2001年我国共立案2000余起,几乎占有所有网络案件的一半。

目前,色情网站通过向各种搜索引擎登记,或者在BBS上做广告,以及通过向电子邮件用户群发邮件,来达到吸引用户访问网站、浏览网页,从而接受其所提供的服务的目的。这些色情网站的内容主要包括:

① 张贴淫秽图片。也就是在网络上设置网站,或者在网络上利用开放式的BBS张贴淫秽图片。有的色情网站则定期向“订户”发送系列免费图片。

② 贩卖淫秽图片、光盘、录像带。在网络上设置贩卖淫秽光盘或者录像带,或者在论坛和布告栏公布目录以及交易方式。

③ 提供超链接色情网站。也就是目前网络上一些网站专门搜集色情网站,又加以分类整理,提供超链接,以使不特定的人员上网时链接至相关色情网站主页,观赏淫秽图片。

④ 散布性交易信息。在网络上提供、散布卖淫信息,提供给不特定第三人进行性交易,或者从事卖淫活动。

(4) 网络犯罪的发案率呈上升的趋势

20世纪90年代以来,由于网络应用迅速发展,我国的网络犯罪的发案率呈现逐年上升的趋势。

从世界范围来看,一方面,电子政务、电子商务等应用的日益扩大,客观上为网络犯罪提供了更多的机会;另一方面,网络技术的普及,使人们从小就能接触、学习网络,并能够很容易地学到实施网络攻击或利用网络进行犯罪的方法和技术。因而,具有实施网络犯罪能力的人越来越多。相应地,网络犯罪案件也不可避免地随之增多。从国内情况来看,随着我国加入WTO,网络犯罪形势十分严峻。境内外法轮功分子、其他敌对分子以及各类违法犯罪分子将继续利用互联网实施针对国家安全和社会稳定的各类违法犯罪活动。从1999—2003年我国发生的案件数量的纵向比较看,网络违法犯罪案件实际一直在增长,且幅度较大。近年来,金融电子化事业发展迅猛,已涉及了金融业的各个角落,从最早的对公业务发展到今天的电子联行、电子汇兑、网上银行等。金融电子化的发展,使金融业务处理方式发生根本性的改变,从传统的手工操作发展到了跨区域性的计算机联网作业。但是,在金融电子化迅猛发展的同时,由于目前金融行业对伴随金融电子化发展而出现的网络犯罪问题普遍缺乏足够的重视,相当一部分银行、证券等单位没有从管理制度、人员和技术上建立相应的电子化业务安全防范机制和措施,使犯罪分子有机可乘。金融系统计算机网络犯罪,作案手法日趋复杂,涉案金额特别巨大。有的利用信用卡作案进行恶意透支,有的从网上截取银行密码,反复修改银行电子账目以非法转移银行资金。在1998年9月22日,我国出现了首例利用计算机网络技术和无线遥控装置盗窃巨款案:犯罪人郝景龙、郝景文非法侵入中国工商银行扬州分行的计算机系统,先后窃取了26万元。20天后,这宗案件引起国务院领导同志亲自过问,公安部、中国人民银行总行负责人直接督办的特大智能盗窃案初战告捷。在此之前,全国已发生过两起以类似手段盗取银行巨款未遂案。据权威部门提供的统计数据显示,近几年来,全国利用计算机网络进行各类犯罪的案件以每年30%的速度递增。

中国上网计算机数量、上网用户人数的增幅位居世界前列。计算机网络在中国的迅速发展,同时也使各种基于计算机网络的犯罪行为滋生蔓延,愈演愈烈。

2. 网络犯罪的成因分析

(1) 主观因素

① 网络违法犯罪缺乏罪恶感。网络是虚拟的世界,网上的一切行为缺少现实社会的监督,而且都似乎是在极其隐蔽的环境中进行,因此很难找到作案后留下的痕迹。与此同时,也没有充分引起各国警察的高度重视。还有不少人甚至觉得利用网络实施犯罪是一种高智商的表现,这些都使得利用计算机进行网络违法犯罪的人没有了罪恶感,大大地促成了其犯罪心理的形成。

② 对信息网络系统好奇心和表现欲。为了信息的安全,大多网络只允许合法的注册用户进入,对非法用户则使用口令拒绝其进入系统。然而正是由于这一点激发了人类所具有的天性——“好奇”。网络黑客从此就应运而生,面对他们无法了解的数据,在其好奇心的驱使下他们研发网络病毒或强行破解密码。通过攻破网络防线,进入信息系统来表现其技术的高超,他们常把自己的行为当作一种智力上的挑战。

③ 网络犯罪的心理成本低。从犯罪心理的角度分析网络犯罪的原因在于犯罪容易进行,这源于网络本身技术的脆弱性。互联网上信息在传输的过程中可能通过多个网络设备,从这些网络设备上都能不同程度地截取信息的内容。这样松散的结构模式加大了对之进行有效管理的难度。网络是一个软件与硬件的结合体,而从目前的网络应用情况来看,每个网络上都或多或少地有一些自行开发的应用软件在运行,这些软件由于自身不完备或开发工具不很成熟,就会给一些精通计算机知识的人以可乘之机。

(2) 客观因素

① 网络安全因素。正是互联网自身的特点与管理技术的缺陷为网络犯罪行为的发生提供了可乘之机。一是网络技术的简单化趋势与安全性要求之间存在矛盾。技术的发展使计算机越来越普及并且容易运用,网络系统的可进入性使远程攻击成为可能。计算机网络的天然缺陷,使得网络越发达受犯罪危害的概率也就越高。二是网络信息具有易攻击性,电子技术存在脆弱性、环境依赖性、易受干扰性等弱点,为青少年攻击网络提供了具有吸引力的犯罪目标。

② 作案轻松,成本低廉,破案取证难度大。网络违法犯罪的高智能性、跨区域性、强隐蔽性等特点给侦破网络违法犯罪的调查取证带来了极大的难度。而作案者常常只需在家中或办公室中的键盘上轻轻敲击几下就能在极短的时间内完成作案,这种网络违法犯罪与传统违法犯罪相比所冒的风险小、成本低而获益大,从而进一步强化了作案者通过利用互联网络进行网络违法犯罪的心理。

③ 网络犯罪风险小,侥幸心理也在一定程度上助长了青少年网络犯罪行为的发生。犯罪分子可以在犯罪活动完成后让计算机自动删除犯罪程序,几乎不会留下痕迹。即使犯罪行为正在进行,现有的科技手段也不易侦察到罪犯的行踪,侦察人员也难于获取定罪的法律证据。这在一定程度上助长了罪犯的侥幸心理,促成了犯罪心理的形成与外化。

④ 青少年法律意识淡薄,守法习惯严重缺乏,使其犯罪心理更容易形成。进行网络犯罪的青少年多数是网络的狂热发烧友,他们敢于挑战互联网的任何禁区,对法律允许和禁止的内容没有清晰的判别能力,法律意识淡薄,对自己行为的正当性与合法性缺乏最基本的认识和控制。有的青少年利用网络攻击计算机信息系统,浑然不知已严重触犯法律,在被法律追究时才恍然大悟。

(3) 社会因素

① 规制网络犯罪的法制不健全。由于网络发展的速度太快,立法本身的滞后性,致使网络犯罪立法无法及时跟进,使得大量的网上行为既没有旧法律的约束,又没有新法律的规范,特别是网络犯罪立法出现的空白地带,为网络犯罪提供了可乘之机。纵观世界各国的网络立法情况,可以说都是不完善的。例如,在接受联合国下属的互联网政策调查公司所调查的国家中,各国尚未对其针对网络犯罪制定的法律加以修改。就网络最发达的美国而言,也需要行政管理规章及行为自律来规范网络的发展与运营。我国刑法中虽增加了网络犯罪条款,但也很笼统、面也很窄。

② 网络管理的疏漏。目前大多数网络使用单位普遍存在着重应用而缺乏完整的网络管理和使用规章制度。一些单位的领导不能真正重视网络安全,特别是没有真正重视对内部职工的的安全管理和培训教育。例如,2008年年初,发生的网络“艳照门”事件,国家相应部门对此事件反应缓慢,导致大量不良信息肆虐网络之中,对青少年造成极其不良的影响。

③ 不良网络环境。互联网这条信息高速公路以“无主管、无国界、无警察”而著称,一些道德败坏的人利用互联网的隐蔽性,大肆散布封建迷信、色情、暴力、反动言论等不健康信息,严重影响了广大青少年的身心健康。网络的虚拟性还造成青少年情感的迷失和社会化的不足,难以将自己融入社会之中,成为一个健康的社会成员。这些网络环境不良影响是造成青少年网络犯罪的又一重要诱因。



相关案例 揭秘病毒产业链:挂马集团利润达千万元

2009年年初,一款名为“猫癖”的病毒在春节假日后的日益彪悍增长预示了新的安全危机的来临。据累计推算,短短一个月时间,已经累计约3 000万台次计算机访问过恶意网页,其中造成约数百万台次计算机感染“猫癖”病毒。这款病毒除了强烈的对抗性,流行的原因还在于“猫癖”病毒分销渠道之多,安装量之大。挂马集团收取的入门费平均一个盗号木马价格在3 000元左右,一个猫癖下载器通常情况下可以挂到28个盗号木马,费用一个月收取一次,那么一个月的交易总额为84万元,一年下来入门费的收入总额为1 000万元左右。

3. 网络犯罪的应对

网络是一种全新的人际交往模式,表面上网络似乎展现的纯粹是数字与数字之间的关系,但究其实质而言,表层的数字关系所遮蔽的恰恰是深层的人与人之间的关系。借助于数字化的信息符号,人与人之间形成了现代社会中新的互动模式。同样的道理,网络犯罪就不仅仅是一个技术问题,也不仅仅是一个法律问题,它牵涉到了更为复杂的伦理、道德问题。

(1) 网络犯罪的道德防控

网络使人们的生活方式、习惯都有很大程度的改变,这就使现实生活中形成的伦理道德准则已不能在网络环境下适用了。这种网络伦理道德标准的不统一,矛盾冲突特点使得在网络环境下人的自律作用弱化到了极限。在人的行为失去了自律的前提下,犯罪的可能性被提升到了另一个高度。

网络犯罪作为一种新型犯罪,首先是就其犯罪的特殊主体而认定的。说到底网络犯罪仍然是一个“人”的问题。网络犯罪的主体具有特殊性,并不是任何人都可以为之的,在网络环境中,犯罪后果的严重性肯定与犯罪行为人的专业知识和技能高度相关。网络犯罪的特殊主体是掌握现代计算机网络技术的高技术性人才,正因为如此,建立良好的网络道德体系,进行教育性防范是解决网络犯罪的根本途径。

所谓网络道德,是指以善恶为标准,通过社会舆论、内心信念和传统习惯来评价人们的上网行为,调节网络时空中人与人之间以及个人与社会之间的关系的行为规范。网络道德作为一种实践精神,是人们对网络持有的意识态度、网上行为准则、评价选择、应当理想等构成的价值体系,是一种用来正确处理调节网络社会关系和秩序的准则,是提高人类精神境界的动力和源泉。网络是一个虚拟的社会,是人在传统社会活动得以延续的空间,网络行为是一种社会性活动,当然必须遵守和履行相关的网络道德,以保证虚拟化的网络时空中人与人之间正确的关系。

为此,必须对网络行为人、社会公众进行正确的网络伦理道德教育。网络犯罪的高度隐匿性、高度技术性等特点使得网络犯罪往往存在于网络行为人的一念之间,只有通过网络伦理、网络道德等方面的教育,才能将正确的行为观念内化于网络行为人的心灵中,构建起预防与遏制网络犯罪的第一道屏障。

(2) 网络犯罪的技术防范

从网络犯罪现状和成因看,信息系统的脆弱性及本身的漏洞是使犯罪得逞的重要原因之一。因此,要尽可能从技术上保证计算机信息系统无漏洞可钻,使犯罪分子难以实施犯罪。网络犯罪是一种技术犯罪,要有足够的技术手段才能防范、制止。信息安全技术是实现网络信息安全的重要保障,要提高网络信息安全水平,必须有较好的安全技术为支撑。这就需要加快网络安全技术和安全设备的研究开发。因而,从技术角度研究预防和控制网络犯罪是一个至关重要的问题。

① 自主研发计算机及网络的关键技术和产品,如网络操作系统等,摆脱受制于人的局面。目前,我国的网络建设处于初级阶段,大部分软件、硬件甚至加密系统都依赖于进口,为此,要大力提高研究开发关键技术和产品的能力,最大限度地使用国产安全技术产品,摆脱对国外产品与技术的依赖,建立自己的技术防御系统。信息一直是维持社会存在和发展的重要因素之一。

② 加大力度研制适应保护网络安全需要的各类杀毒软件和各类网络安全产品,并积极推广应用。虽然我国网络安全技术的发展取得了一定的成就,但相对于保护网络安全的要求还是有一定的差距,我国现在安全防范技术还不发达,科研部门在自主开发网络系统的同时,要加快自身网络安全的研究与推广,为防治网络犯罪提供技术保障,不给犯罪分子以可乘之机。

③ 要善于研究网络攻击者的攻击方式,以此来修改程序,并不断用最新版本和安全补丁将软件升级,查漏补缺,以降低攻击者对网络的威胁和利用。我们在同网络犯罪作斗争的过程中,只有保证处于技术上的优势,抢占技术制高点,才能有效地威慑和预防网络犯罪,也才能更有力地打击网络犯罪。

对于防范网络犯罪的技术,通常有防火墙技术、防病毒技术和加密技术等。

① 防火墙技术。防火墙是用来对两个或多个网络之间的互相访问实行强制性管理的安全系统,通过屏蔽未授权的网络访问等手段把内部网络隔离为可信任网络,同时也可以用来把内部可信任网络对外部网络或其他非可信任网的访问限制在规定范围之内。防火墙的安全性能是根据系统安全的要求而设置的,因系统的安全级别不同而有所不同。

从总体上来看,防火墙应具有以下五大基本功能:过滤进出网络的数据包;管理进出网络的访问行为;封堵某些禁止的访问行为;记录通过防火墙的信息内容和活动;对网络攻击进行检测和告警。

② 防病毒技术。病毒在网上的传播极其迅速,且危害性极大。在多任务、多用户、多线程的网络系统工作环境下,病毒的传播具有相当的随机性,从而大大增加了网络防杀病毒的难度。要求做到对整个网络要集中进行病毒防范、统一管理,杀毒软件和其他防病毒产品的升级要做到无须人工干预,在预定时间自动从网站下载最新的升级文件,并自动分发到局域网中所有安装防病毒软件的机器上。

③ 加密技术。加密技术主要研究信息隐藏技术,使信息的非法获得者不能了解信息的真正内容。发送者在发送数据之前对数据加密,使被传输的数据以密文的形式在传输介质上传输,当数据到达接收者时由接收者对密文数据进行解密,这样即使数据在传输途中被窃取,也不至于泄露信息的内容,从而达到保护数据的目的。加密技术可以应用于信息保密、数据完整性检查、身份认证、数字签名、抗抵赖等。

(3) 网络犯罪的法律规制

面对日益猖獗的网络犯罪,除了在技术手段和管理手段上控制和预防网络犯罪以外,还应当用法律手段,加强对网络犯罪的法律规制。

① 我国现行刑法对计算机与网络犯罪的打击。利用计算机和网络进行犯罪活动,已经成为刑事犯罪的一种新形式。加大对网络犯罪的打击力度,是保证我国社会稳定、经济持续发展的一项重要任务。随着各个单位和部门对网络依赖程度的增强,网络犯罪也急剧增加,只有增加警力,提高网络警察的技术素质和装备水平,加速网络犯罪的侦破,依法从快从重地打击网络犯罪,才能在网络的虚拟社会中营造一个稳定、安全的运行环境。



法律提示

我国1997年10月1日施行的《刑法》将计算机犯罪分为直接以计算机信息系统为犯罪对象的犯罪和以计算机为犯罪工具实施其他犯罪等五种类型的犯罪。具体如下:
违反国家规定,侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统。
对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能

正常运行。

对计算机信息系统中存储、处理或传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作。

故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统的正常运行。

利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或其他犯罪行为等。

为了打击有关计算机犯罪，我国《刑法》规定如下。

《刑法》第二百八十五条规定，犯非法侵入计算机信息系统罪的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

《刑法》第二百八十六条第一款规定，犯破坏计算机信息系统功能罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处五年以上有期徒刑。

《刑法》第二百八十六条第二款规定，犯破坏计算机信息系统数据、应用程序罪的，依照第二百八十六条第一款的规定处罚，即处五年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处五年以上有期徒刑。

《刑法》第二百八十六条第三款规定，犯制作、传播计算机破坏性程序罪的，依照第二百八十六条第一款的规定处罚，处五年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处五年以上有期徒刑。

2009年2月28日通过的刑法修正案（七）在第二百八十五条中增加两款作为第二款、第三款：“违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”“提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具，情节严重的，依照前款的规定处罚。”



相关案例 两名95后网上诈骗450人 涉案金额超百万

2015年8月，福建省泉州市惠安县人民法院联合泉州公安边防支队和县公安局，召开打击虚假信息诈骗犯罪新闻发布会，对近日审结的一起特大网络诈骗犯罪案件的结果进行通报。

该案两名被告人曾某、庄某均是95后，在2014年4月至7月，两人疯狂实施网络诈骗400多起，获利金额达138.7万元，涉及受害人450名，遍布全国31个省份。

惠安县莲城公安边防派出所教导员肖土斌告诉《法制日报》记者，为侦破此案，派出所民警用了大约半年多时间在网上搜集证据。

2014年4月初，曾某发现一个聊天群，让他和庄某意想不到的是，聊天群里的成员都是一群网络诈骗老手。两人频频向所谓的“大神”们请教网络诈骗方法，并逐渐琢磨出一套网络诈骗计划——利用空间而非微信朋友圈发布虚假贱卖苹果手机广告，对同龄网友实施诈骗。

为了让人信服，曾某化身文艺青年，并经营6个靓号的空间，将其空间装扮精美，日志、

“说说”内容时尚前沿,在很短的时间内就吸引数十万年轻网友加好友、关注、浏览并点赞。在这些日志中,曾某不时穿插广告日志和“说说”,例如“购买 iPhone5S2500 元, iPhone5C, 2000 元, 需要联系此号”,同时配上大量苹果手机现货包装盒照片。庄某则化身“香港 24 岁美女客服”,负责向受害人展示实体店、营业执照等照片,同受害人沟通,骗取受害人信任。

在受害人订购手机后,庄某要求其预付一半购机价款作为订金,此后才能发货。数天后,受害人询问何时到货,庄某又会以“海关查扣”“工商查扣”等各种理由,诱骗受害人再次汇款。当受害人要求退款时,庄某立即将其拉黑。

“他们会发给我一条查询物流的链接,我点进去就是一个显示物流的进度表,上面会显示已经发货,但是被海关查扣,需要汇款解扣。”受害人之一的小郑告诉记者,“看到每条物流都很清楚,东西到了哪里,自然就很容易相信,就会马上去把钱汇过去”。小郑共向他们汇去 8000 元。

庭审中曾某供述:“我定下了一项规矩,平均每天骗 2 到 3 人,每天最多得手 1 万元就要停手。不能把人逼上绝路。”有一次,庄某接到一笔“大单”可得手 20 万元,因担心金额太大会引起警方注意,最终他主动放弃。

2014 年 7 月 31 日,曾某、庄某被泉州莲城边防派出所民警抓获归案。近日,惠安县人民法院作出判决,被告人曾某犯诈骗罪,被判处有期徒刑十年,并处罚金 5 万元,被告人庄某犯诈骗罪,被判处有期徒刑四年,并处罚金 2 万元。两名被告人均未提起上诉。至此,该起特大网络诈骗案顺利审结,赃款全部追回。

② 全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定。为了保障互联网的运行安全 and 信息安全问题,促进我国互联网的健康发展,维护国家安全和社会公共利益,保护个人、法人和其他组织的合法权益,我国全国人大常委会于 2000 年通过的《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》对利用互联网进行犯罪予以严厉打击。



法律提示

打击利用互联网进行犯罪具体包括以下几个方面。

① 打击危害互联网的运行安全的犯罪。侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统;故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,攻击计算机系统及通信网络,致使计算机系统及通信网络遭受损害;违反国家规定,擅自中断计算机网络或者通信服务,造成计算机网络或者通信系统不能正常运行。

② 打击危害国家安全和社会稳定的犯罪行为。利用互联网造谣、诽谤或者发表、传播其他有害信息,煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度,或者煽动分裂国家、破坏国家统一;通过互联网窃取、泄露国家秘密、情报或者军事秘密;利用互联网煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结;利用互联网组织邪教组织、联络邪教组织成员,破坏国家法律、行政法规实施。

③ 打击危害社会主义市场经济秩序和社会管理秩序的行为。利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传;利用互联网损坏他人商业信誉和商品声誉;利用

互联网侵犯他人知识产权；利用互联网编造并传播影响证券、期货交易或者其他扰乱金融秩序的虚假信息；在互联网上建立淫秽网站、网页，提供淫秽站点链接服务，或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片。

④ 打击危害个人、法人和其他组织的人身、财产等合法权利的犯罪行为。利用互联网侮辱他人或者捏造事实诽谤他人；非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料，侵犯公民通信自由和通信秘密；利用互联网进行盗窃、诈骗、敲诈勒索。

另外，还规定了利用互联网实施违法行为，违反社会治安管理，尚不构成犯罪的，由公安机关依照《治安管理处罚条例》予以处罚；违反其他法律、行政法规，尚不构成犯罪的，由有关行政管理部门依法给予行政处罚；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分或者纪律处分。

利用互联网侵犯他人合法权益，构成民事侵权的，依法承担民事责任。



相关案例 4 员工网上传 28 张“艳照”被重判

为提高业绩，北京轻点万维电信技术有限公司无线互联网业务部主管罗某等 4 名职员，向 WAP 网页上传大量“艳照”。昨天，西城法院以传播淫秽物品牟利罪判决罗某等 4 人有期徒刑 3 到 5 年不等的刑期。据悉，这是全国第一例以点击次数被判的手机传黄案。

4. 网络犯罪防治法律的完善

面对网络新技术突飞猛进的发展，技术被扭曲和恶意使用事件的日益增加，技术因素对传统犯罪的影响已经开始介入法律的基础性领域，传统刑法已经无法解决层出不穷的新问题，对其进行立法技术的跟进性研究与完善已经迫在眉睫。

(1) 完善相关法律

完善互联网法制建设，使互联网在规范化、法制化的轨道上发展。目前，我国已制定一些保护网络安全和预防网络犯罪的法律、法规，但这些法律法规不配套，有些规定不明确。例如，《未成年人保护法》中虽然规定了严禁任何组织和个人向未成年人以任何方式传播不良信息，但没有明确指明不良信息中包含网络信息。如将该法第二十五条改为：“严禁任何组织和个人向未成年人以任何方式传播淫秽、暴力、凶杀、恐怖等毒害未成年人的图书、报刊、音像制品和网络信息”，内容就具体明确了。法制不到位，使互联网缺乏执法力度。在对互联网的管理中，在法律法规上也存在严重的失控现象。这些都需要不断地加以完善。

(2) 制定新的法律

互联网立法严重滞后，是造成网络犯罪的重要原因之一。由于互联网发展迅速，且是一个无国界、无时空的虚拟世界，现行《刑法》以及《计算机信息系统安全保护条例》等法律法规许多方面跟不上这个发展的虚拟世界。例如，互联网上跨地域犯罪的司法管辖权问题，网络犯罪的电子证据司法鉴定问题，网络上的隐私权与网络监察管制冲突问题，司法罚则与现实执行问题等，都需要不断地完善或制定新的法律法规，使之更加适应网络发展的需要。所以，遏制网络犯罪，必须加快这些方面的立法工作。在立法方面，可以借鉴国外立法的经

验,在加入有关国际公约的基础上,把国际公约的精神转化并补充到我国的立法中。同时,必须扩大网络警察队伍的规模,加强执法和司法的功能,使之在打击网络犯罪方面发挥更大的作用。

(3) 加强法制教育

在健全法制的同时,要大力宣传有关互联网方面的法律法规,使广大网民依法依规上网。在对人们进行法制教育的同时,重点培养人们的法制观念。法律知识的学习固然重要,但要通过学习法律知识,领会法律的精义,建立起适应现代生活的法律观念,则是提高人们法律素质、预防任何形式的犯罪的关键。网络犯罪的高发率在很大程度上恰恰反映了人们法律精神的欠缺。虽然网络犯罪的手段和方式与普通犯罪有所不同,但其危害是相同的,都造成了对公共安全、他人的人身财产权利的侵害,都是违反法律的,犯罪行为造成的危害并不因网络的虚拟性而消失或减轻。因此,在对人们进行法律知识普及的同时,更应注重对人们的法律精神、法律观念的培养,使人们不仅在现实世界而且在网络世界中也会成为真正自觉守法的高素质群体。正如马克思所指出的,努力向公众传播新的权利义务观念和法律的基本原理和精神,似乎比向他们灌输大量的法律条文更容易收到预期的效果。

5.2 电子商务争议解决法律制度

5.2.1 电子商务中的民事诉讼管辖

基于网络空间的特性,电子商务与传统民商事活动有很大的差别,由此决定了电子商务案件诉讼管辖与传统民商事案件的诉讼管辖存在很大的不同,传统诉讼管辖的理论已不能完全有效地应对电子商务案件诉讼面临的问题。因此,如何对司法管辖权制度做出相应调整成为目前世界发达国家和一些发展中国家的首要任务。

1. 传统的民事诉讼司法管辖

民事诉讼管辖是指各级法院之间以及不同地区的同级法院之间,受理第一审民事案件、经济纠纷案件的职权范围和具体分工。管辖可以按照不同标准作多种分类,其中最重要、最常用的是级别管辖和地域管辖。

(1) 我国的民事诉讼管辖

我国的民事诉讼管辖分为级别管辖和地域管辖。所谓级别管辖,是指各级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限;所谓地域管辖,是指同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。

① 级别管辖。在级别管辖上,我国《民事诉讼法》第十八条至二十一条规定,“基层人民法院管辖第一审民事案件,但本法另有规定的除外”。“中级人民法院管辖下列第一审民事案件:重大涉外案件;在本辖区有重大影响的案件;最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件”。“高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。最高人民法院管辖下

列第一审民事案件：在全国有重大影响的案件；认为应当由本院审理的案件。”

② 地域管辖。在地域管辖上，分为一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖和协议管辖。

一般地域管辖。一般地域管辖是指以当事人的住所地与法院的隶属关系来确定地域管辖。根据我国《民事诉讼法》的规定，对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各人民法院都有管辖权。另外，一般地域管辖还规定了以原告所在地管辖为例外的情况，如对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；对被劳动教养的人提起的诉讼；对被监禁的人提起的诉讼。

特殊地域管辖。特殊地域管辖又称特别管辖，是指以诉讼标的所在地，法律事实所在地，以及被告住所地为标准确定的管辖。如因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖等。

专属管辖。专属管辖是指法律特别规定某些类型的案件只能由特定的法院行使管辖权的一种诉讼管辖。它是一种排他性的管辖，因为它不仅排除了一般地域管辖和特殊地域管辖的适用，而且还排除了当事人以协议的方式选择其他法院管辖的可能性。它与一般地域管辖和特殊地域管辖的关系是，凡法律规定为专属管辖的诉讼一律适用专属管辖。在我国，专属管辖只适用于以下三种情况：第一，因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。第二，因港口作业中发生的纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖。第三，因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地人民法院管辖。

协议管辖。协议管辖是指双方当事人在民事纠纷发生之前或之后，以书面形式约定管辖法院。根据《民事诉讼法》第二十五条规定：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”协议管辖在我国仅适用于合同纠纷中的第一审案件。

（2）民事诉讼管辖权确认的基本原则

管辖权是国家的一项基本权利，民事案件管辖权的确认，一般依据以下原则。

① 原告就被告原则。原告就被告原则，也称普通地域管辖原则，它是指以被告的住所地作为连接因素而行使管辖权的原则，是行使国际案件管辖权的首要原则。原告就被告原则之所以成为行使国际民事案件管辖权的首要原则，就在于它便于受案法院对被告行使“实际控制”——传票送达、判决生效、执行。因此，对涉外民事诉讼，应先向被告所在地提出。

② 最密切联系原则。最密切联系原则，我国《民事诉讼法》规定，如合同的履行地、保险合同的保险标的物所在地，票据纠纷中的票据兑付地、运输合同的运输始发地或目的地、侵权行为地、交通事故损害赔偿案件中的事故发生地等，均可认为与案件具有“最密切联系”而被认定具有管辖权。

③ 意思自治原则。这项原则源于契约自由的权利。

④ 专属管辖优先原则。某些国家的法律，在本国的属地管辖权范围内，排他性地规定

一些涉外民事案件的管辖权属于国内法院。这些案件,主要有在国内的涉外企业法人与国内企业法人的权利纠纷、在国内的港口作业、国内的地下矿产资源开发等。这些案件,国内一般不允许当事人选择他国管辖,也不承认外国法院判决的有效性。如当事双方欲使纠纷得到有效的司法救济,只能选择国内法院。在这些范围以内,国内法院的专属管辖权优先于任何其他原则。我国《民事诉讼法》第二百四十六条就有相应的规定:“因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼,由中华人民共和国人民法院管辖。”

2. 电子商务纠纷管辖权的确定

(1) 电子商务对传统管辖权的挑战

电子商务环境下,当事人可能相距遥远,甚至在不同的国家或地区,接收或传送当事人之间信息的计算机服务器、终端等,则可能又在另一个国家,甚至协助当事人完成一次沟通联系的还有处于其他国家的服务器等设备。正是网络空间的全球性和不确定性,使网络行为与传统管辖基础之间的关系变得模糊和不确定。网络空间的虚拟性使其不可能像物理空间那样划分成明确的管辖区域。同样,信息在互联网上发送、接收和传递等一系列网络行为具有很强的不确定性,在这一过程中,可能经过许多国家的管辖区域,这就可能造成全球很多国家对该网络活动主张管辖权。管辖是以某种相对稳定的联系作为基础的,一旦网络法律行为与这些传统的管辖基础失去了联系,如何将物理空间的管辖权规则适用于网络空间就成了一道难题。

由于互联网的国际性特点,对网络利用所发生的任何争议,都可能涉及不同国家的主权与居民。从目前电子商务管辖的实践来看,各国有扩大自己管辖权的趋势,这就使得电子商务交易纠纷一旦发生,哪些国家法院会主张行使管辖权难以做出预测。管辖总是以某种相对稳定的联系作为基础,如住所、国籍、财产、行为等,它们与某管辖区域存在着物理空间上的关联。而在电子商务案件中,被告与法院地的地域联系可能降到最低,被告可能既不是法院地所在国的国民,也无财产可供扣押,甚至可能从未在法院地出现过,当然也很难同意接受法院地的司法管辖。在网络环境中,又很难认定侵权行为地、合同签订地等地理因素,仅仅通过网络的虚拟存在显然不构成法院行使管辖权的基础。传统法院的管辖区域是确定的,而网络空间是无边界的,因此,某法院对哪一部分网络空间享有管辖权很难判断。互联网在产生之初,就被设定为非中心化、自我维系的一系列计算机以及计算机网络之间的大量链接,在这个打破地理空间界限、无国界、无主权的虚拟世界中,每台计算机都是平等的。正是网络空间的这种全球性和管理的非中心化等特点,给传统的司法管辖权理论带来了极大的冲击和挑战。

(2) 关于网络案件管辖理论

由于传统的确立管辖权的原则都要求具有一个相对稳定的明确的关联因素,如当事人的住所、国籍、财产、行为、意志等,但在网络空间中这些因素都变得模糊和不确定。为了解决传统管辖权基础在网络环境下面临的窘境,各国都在探寻互联网环境下的新管辖模式。目前,关于电子商务案件的管辖的法律问题存在着几种新理论。

① 新主权理论。新主权理论认为,网络的非中心化倾向表现在每个网络用户只服从他的网络服务提供商(ISP)的规则,ISP之间以技术手段、协议方式来协调和统一各自的规则。网络成员的冲突由ISP以仲裁者的身份来解决,并由ISP来执行裁决。

② 管辖权相对论。管辖权相对论认为,网络空间完全可以成为新的独立的管辖区域,使用者和ISP可以通过自律管理来避免和解决网络空间中的各种纠纷,包括电子商务中的纠纷。

③ 网址作为新的管辖基础论。该理论认为,网址存在于网络空间中,它在网络中的位置是可以确定的,且在一定时间内也具有相对的稳定性。网址受制于其ISP所在的管辖区域,是比较充分的关联因素。因此,网址应当成为新的管辖基础。但对于此观点,许多人也提出了异议。

相关案例

2013年1月22日,重庆市高级人民法院召开新闻发布会称,由该院主持设计开发、向社会公众提供涉及审判、执行、监督等全方位司法便民服务的重庆市人民法院公众服务网(www.cqfygzfw.com)2013年1月1日正式上线运行。该网站涵盖了网上预立案、案件进度查询、执行线索举报、被执行人公示曝光、网上信访、监督举报等十项服务功能。

据称,公众服务网一大亮点是开通了网上预立案功能,当事人可以足不出户在网上向重庆三级法院提交一审案件的立案申请材料,包括民事、行政、执行案件的诉状、申请书及相关材料。

重庆高院办公室信息中心主任刘主任告诉记者,过去当事人来法院立案,有不少因为材料、手续不全等来回跑路,耗时耗力。而实现网上预立案后,若当事人提交的材料不齐备或不符合立案条件的,法院可及时告知当事人补充并说明理由。

“在网上预立案成功后,法院将及时和当事人联系预约正式立案时间。”预约成功后,当事人还要按预约时间携带与预立案时一致的书面材料到法院办理立案手续,无正当理由逾期未办理立案手续的,视为放弃此次网上预约。

当事人还可以在公众服务网查询案件进度。

“当事人可根据法律文书提供的用户名及密码,在公众服务网查询本人所涉案件办理进度情况。”案件进度查询提供的信息包括案件详细信息、案件当事人信息、案件审判组织信息、结案信息等。“从立案到结案,整个案件的办理情况,当事人都可以查询到。”

为敦促被执行人履行法定义务,公众服务网设置了“执行线索举报”和“被执行人公示曝光”专栏。社会公众可对被执行人所有的房屋、土地、车辆、银行存款、投资、高消费行为等情况进行举报,网站也会不定期地对拒不履行法律义务的被执行人进行曝光。

此外,公众服务网还设置了“网上信访、监督举报”专栏,社会公众不仅可通过网站提交不服人民法院生效裁判但又不符合再审、申诉立案条件的信访事项,还可以举报法院工作人员的违纪违规现象。

为广泛听取意见和建议,网站还开通了代表委员平台和律师平台。

代表委员平台是人大代表、政协委员通过公众服务网提交涉及法院工作的建议、批评和

意见的网络平台。重庆市各级人大代表、政协委员按照法院发放的用户名和密码,可直接登录网站,向重庆各级法院提出建议、批评和意见。

而律师平台则是法院为律师群体提供网上预立案、办理案件进度查询等司法服务的专用平台。律师账号由在重庆注册的律师名册自动生成,与律师执业证号互相关联,可以使用律师执业证号码登录。

(3) 电子商务对法律适用制度的挑战

电子商务对传统法律适用制度的挑战,主要体现在以下两个方面:

① 连接点难以确定。电子商务活动与传统的民商事活动有很大不同,它是在网络空间中进行的,任何一笔通过电子方式进行的交易,其大多数过程和环节都是在网络空间上自动完成的,而网络空间是一个虚拟的世界,地理因素在其中并无太大的实际意义,很难从地域的角度对这些过程和环节加以确定或场所化。因此,基于属地连接点很难套用到电子商务中。也就是说,在传统冲突法中扮演着十分重要角色的地域因素和空间场所,如果运用于电子商务必然会受到很大的冲击和挑战;另一方面,像国籍、住所等这些体现国家与当事人之间的法律关系的属人连接因素在用以指引支配电子交易的准据法时,也将面临困难。在电子商务中,国籍与当事人之间的联系是相当脆弱的,与电子商务本身的关系是相当偶然的。所以,在电子商务纠纷中以国籍、住所作为连接点的意义同样不大。

② 准据法落空。目前,为了防止不科学的电子商务立法阻碍电子商务的发展,世界上许多国家对电子商务立法采取谨慎态度。我国目前仅有《电子签名法》一部专门的电子商务立法,许多国家在电子商务立法方面尚属空白。当某一涉外电子商务纠纷,通过适用冲突规范确定了应该适用哪一国法律作为准据法时,很可能发现该国并没有相应的法律规范,由此出现准据法落空的情形。

(4) 电子商务纠纷的法律适用

① 电子商务合同纠纷的法律适用。我国《合同法》规定了以合同自体法作为解决合同纠纷的准据法。合同自体法是当事人明示选择的法律,当事人没有明示选择时,根据合同的条款、性质和案件的总体情况推断当事人会意图适用什么法律,如果当事人意图不明确,不能通过情况推断的,合同受与其有最密切、最真实联系的法律支配。我国《合同法》第一百二十六条规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。”

② 侵权纠纷的法律适用。中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的,不作为侵权行为处理。

5.2.2 在线争议的非诉讼解决方式

电子商务已成了重要的交易方式,随着其应用深度的增强,电子商务交易纠纷也随之大量产生。这些纠纷很难通过传统的方法(如调解或诉讼等方式)来解决。由于电子商务交易各方在交易过程中就使用了网络,对于他们而言采用在线方式解决纠纷是最佳选择。基于此种需求,人们采取非诉讼争议解决机制(Alternative Dispute Resolution, ADR)来为在线争议

提供更快、更方便、费用更低廉的解决方案。ADR 在互联网环境下利用互联网提供的各种手段进行时就被称为在线争议解决机制 (Online Dispute Resolution, ODR), ADR 解决离线争议的原则和法律也基本适用于在线争议。

相关案例 互联网纠纷进法庭前将先进行调解

2008 年 12 月 2 日海淀法院与中国互联网协会调解中心签订协议, 委托调解中心调解互联网纠纷案件。今后海淀法院受理网络纠纷案件后, 知识产权庭可将案件委托中国互联网协会调解。调解达成后, 当事人可以据此订立和解协议, 原案件撤销。当事人也可以申请法院出具民事调解书。委托调解纠纷的范围包括当事人双方均为互联网单位、一方属于互联网单位、案件争议涉及互联网的著作权、商标权、不正当竞争及技术合同等纠纷。双方不属于互联网单位但自愿接受调解的也可以。中国互联网协会调解中心可以要求当事人提出调解方案, 也可以提出建议性方案供当事人参考。调解一般应当在 15 日内完成, 调解不成时, 调解机构应及时告知承办法官, 诉讼程序继续进行。(新京报, 2008-12-3)

1. 在线争议解决机制 (ODR) 的概念

在线争议解决机制, 是指利用网络技术, 包括网络空间、在线工具及计算机屏幕, 进行协商、调解、仲裁或其他形式的争议解决程序。鉴于电子商务纠纷急需一种有效、公平、快捷、低成本的纠纷解决机制, 替代性争议解决方法 (ADR) 被引入网络, 产生了在线 ADR 即 ODR 这一非诉讼纠纷解决的新形式, 成为电子商务中, 人们用非诉讼方式保护自己的权益, 解决纠纷的最佳方式。

2. 在线争议解决机制 (ODR) 的优势

网络空间具有全球性、虚拟性、管理的非中心化和高度的自治性的特点, 网络空间争议的解决也具有不同于离线争议的特殊要求, 效率、成本和便利性成为网络空间争议解决方式的首要价值因素。与传统的离线争议解决方法相比, ODR 将网络资源充分引入争议解决方法中, 具有下列三种优势:

① 利用全球任何地方的人力资源。可以在任何国家、聘用任何国籍的仲裁员或者调解员、通过任何语言解决争议。

② 快捷、高效、便利。实现信息交流传播的电子速率传输, 争议不一定实时进行。

③ 费用低廉。当事双方省去交通、住宿等费用, 减少因此而带来的时间花费。

ODR 的目标是追求和谐、共赢, 具有灵活性、协商性、低成本等优势。其通过网络, 为当事人提供了便捷的争议解决途径, 节省了纠纷解决的成本, 给当事人以最大限度的自主权, 体现出“虚拟世界”自主、自愿、自律、诚实信用和符合实际的基本理念, 极大地支持了电子商务的发展。

3. 在线争议解决的方式

ODR 是指利用互联网进行全部或主要程序的各种争议解决方式的总称, 主要包括在线和解 (Online Negotiation)、在线调解 (Online Mediation) 和在线仲裁 (Online Arbitration) 等

方式, 仅利用网络技术实现文件管理功能, 程序的其他部分仍用传统离线方式进行, 不属于 ODR 范畴。

(1) 在线和解

① 传统意义上的和解。传统意义上的和解是争议当事人在没有第三方介入的情况下协商谈判解决其争议, 其特征有:

- 只有双方当事人自己参加;
- 和解没有强制力;
- 和解协议不具有强制执行力。

② 在线和解的定义和特征。在线和解是传统和解在网络上的延伸, 指争议当事人通过网络平台, 在没有第三方介入的情况下协商谈判解决其争议的和解方式。

相关链接

与传统和解相比较, 在线和解有如下特征:

- 和解全过程均应借助于互联网络平台;
- 和解过程只有双方当事人在线;
- 在线和解基于双方当事人的自愿, 没有强制力;
- 在线和解协议不具有强制执行力。

③ 在线和解的操作流程。中国在线争议解决中心是中国首家全面提供在线争议解决机制的提供商 (ODR Provider)。是我国第一个权威、全面的电子商务网上法律协调和服务机构。该中心通过提供 CHINAODR 在线信息交换平台, 公平、公正、快速、便捷地解决与电子商务相关的争议, 提供在线调解和在线和解等服务 (统称为 CHINAODR) 供广大用户选择使用, 以解决各种争议。

中国在线争议解决中心在线和解的流程具有代表性, 在争议涉及金钱赔偿事项时, 如果当事人就是否应该赔偿已无异议, 而仅就具体的赔偿金额有异议时, 则当事人可以选择使用 CHINAODR 在线协商方式解决其争议。CHINAODR 提供的在线协商平台为全自动的运作程序。

相关链接

具体流程如下。

申请人在 CHINAODR 上提交电子表格, 阐述案情并提出第一次要价, CHINAODR 通过电子邮件 (或者其他方式) 通知对方当事人 (被申请人) 且邀请被申请人对申请人的第一次要价做出回应, 被申请人选择愿意通过 CHINAODR 的在线协商方式解决并做出第一次出价。

申请人的要价低于被申请人的出价, 则依据申请人的要价解决争议, 争议获得了解决;

申请人的要价高于或等于被申请人的出价, 且高出部分小于出价的 20% 时, 则依据要价和出价的平均价解决争议;

申请人的要价高于被申请人的出价, 且高出部分大于出价的 20% 时, 争议未获得解决, 进行下一轮协商 (双方做出第二次要价和出价), 直至争议解决为止。

在线协商的期限为15日,自申请人提交电子表格之日起计算。

在整个争议解决过程中,当事人双方的要价和出价都是完全保密的,只有在出现“符合争议解决条件”的情况下,当事人双方才能看见对方的要价或出价。CHINAODR对双方当事人的通知都是通过电子邮件形式进行的。如果在15日内双方未能成功解决该争议,则在线协商程序终止,双方可以选择重新进行在线协商,或者通过CHINAODR在线仲裁或在线调解或其他方式解决。

(2) 在线调解

① 调解。调解是指在有关组织、机关、机构、个人或法院的主持下,对当事人之间的纠纷进行裁决的活动。一般对民事纠纷、经济纠纷适用。分为诉讼外调解和法院调解(诉讼中调解)。

诉讼外调解的特征有:

- 当事人的行为无诉讼上的意义;
- 主持者可以是人民调解委员会、行政机关、仲裁机关、双方当事人所信赖的个人;
- 除仲裁机构制作的调解书对当事人有约束力外,其他机构或个人主持下达成调节协议而形成的调解书,均无强制力。如果当事人反悔,可向人民法院起诉。

法院调解的特征有:

- 发生在诉讼过程中;
- 在法院主持下进行;
- 当事人达成协议并签收了送达的调解书的,诉讼结束;
- 调解书具有执行力。

② 在线调解的概念。在线调解是指从程序的发起至争议解决协议的达成全部在线进行。在线调解包括在线调解中心、仲裁申请人和被申请人三方。在线调解主要是指诉讼外调解。

③ 在线调解的程序。一般来说,在线和解服务无调解员参与,适用于解决当事人之间因单一问题发生的争议,如在价格、时间等方面存在的分歧。在线调解服务有调解员参与,通过中立第三方进行在线实时调解。

相关链接

在线调解通常使用流程可以包括六个阶段:申请人提出申请、登记案件相关信息、选择调解员、在线调解、达成调解书和履行调解书。所有程序都通过在线的方式进行,双方当事人通过CHINAODR随机创设的在线调解室,以网上文字的形式进行事实陈述和证据出示(主要是相关证据的电子照片),并由调解员介绍相关的法律,提出调解方案,双方当事人如果接受这一方案,则达成调解协议。

(3) 在线仲裁

① 仲裁。仲裁是指争议双方当事人在争议发生前或争议发生后达成协议,自愿将他们之间的争议提交给双方所同意的第三者进行裁决,当事人双方有义务执行裁决的一种解决争议的方法。仲裁是解决民事经济纠纷的重要方式之一。仲裁主要有以下特点:提交仲裁以双方当事人自愿为前提;仲裁是由中立的第三者出面解决争议的一种方式;仲裁裁决具有法律

效力;仲裁具有极大的灵活性和便利性;仲裁一般以不公开审理为原则,表现出极强的保密性。

② 在线仲裁的概念。在线仲裁是指通过互联网进行仲裁协议的订立、仲裁申请的提交与受理、仲裁庭的审理以及仲裁裁决的做出等仲裁程序。在线仲裁能快捷、经济地解决争议,尤其能给当事人提供极大的便利,适应网络环境的要求。

③ 在线仲裁的基本程序。



相关链接

在线仲裁的方法与程序因仲裁机构的不同而略有差异,但其基本程序大致相同:提交在线仲裁申请书;由在线仲裁机构组成仲裁庭;由申请人与被申请人提交相关证据;在线审理;做出在线裁决。

5.2.3 电子证据的运用

1. 电子证据的含义

计算机及其网络技术突破了信息固定与传递的传统模式,改变了信息取得的方式,同时也使证据的形式发生了深刻的变化。

(1) 电子证据的概念

电子证据是以数字的形式保存在计算机存储器或外部存储介质中、能够证明案件真实情况的数据或信息的电磁记录物。

电子证据本质上是一种视听资料,即以声音、图像及其他视听信息来证明案件待证事实的录像带、录音带、计算机软件等信息材料,可以作为民事诉讼中的证据。因为我国刑事、民事、行政诉讼法均将电子证据纳入视听资料,如“调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的,应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。”电子证据可以借助一定的工具和手段加以转化后被感知、读取;电子证据与视听资料都是以电磁等形式而非文字符号形式存储在非纸质媒介上;正本和副本均没有太大区别。

(2) 电子证据的特征

① 方便性。电子证据具有收集迅速、易于保存、传输方便、占用空间少,而且易使用、审查、核实、便于操作的特征。

② 环境依赖性。电子证据是数据信息,以二进制电信代码形式存储在各种电子介质中,离不开芯片、软盘、光盘、硬盘等新型介质的支撑。电子证据表现为电子形式,对环境具有高度的依赖性。

③ 多媒体性。电子证据不仅可体现为文本形式,还可以图形、图像、动画、音频及视频等多媒体形式出现,由于其借助具有集成性、交互性、实时性的计算机及其网络系统,极大地改变了证据的运作方式。

④ 易破坏性。由于电子数据是以字节的形式存在的,是非连续的,数据被人为篡改后,

没有可供对照的副本,映象文件就难以查清、难以判断。如果计算机操作人员误操作或硬件设备故障等原因都会使电子证据无法反映真实的情况。

2. 电子证据的收集与保全

(1) 电子证据的收集 (Electronic Evidence Collection)

① 电子证据采集的原则和标准。电子证据采集应遵从如下原则:及时性原则,当获取相关电子证据的同时,应当采用相应的技术手段对其进行保全,一旦错过时机,证据可能就不复存在;合法性原则,合法性原则包含两项内容:一是保证证据的连续性,二是专业人士见证;全面性原则,即既收集存在于计算机软硬件上的电子证据,也收集其他相关外围设备中的电子证据,既收集文本,也收集图形、图像、动画、音频、视频等媒体信息;专家取证原则,专家取证原则要求收集电子证据人员必须掌握计算机与网络的知识 and 技能。遇到高难度的取证问题时,应聘请计算机网络专家协助。

② 电子证据的认证标准,即什么样的电子证据可以被采用问题。具体包括:相关性标准,相关性也就是说所收集调查的电子证据应当与需要证明的案件事实或者其他争议的事实具有一定的联系,证据的相关性,不仅是解决证据资格(证明能力)的实质标准,更是证据能否完成证明的核心,是证据力的唯一内容;真实性标准,电子证据特点之一就是易破坏性和不安全性,因此保证电子证据的真实性是决定该证据是否得到采纳的关键;合法性标准,电子证据的采集与使用应当符合法律的规定,否则,不能够作为证据使用。根据证据法的要求,证据的合法性判断通常要从证据的主体、证据的形式和证据的收集程序等方面来考察。具体到电子证据,就是要看电子证据的取证主体、形式和收集程序是否符合法律的规定,其中重点是收集程序的合法问题。

(2) 电子证据的取证

电子证据的取证,是指电子证据在未经伪饰、修改、破坏等情形下进行的取证。具体方式包括以下几种:

① 打印。能够从文字内容上证明案件的真实性的电子证据,应将有关内容打印在纸张上的方式进行取证。打印后,可以按照提取书证的方法予以保管、固定,并注明打印的时间、数据信息在计算机中的位置(如存放于哪个文件夹中等)、取证人员等。

② 复制。是将与案件相关的数据文件从计算机本地复制到移动存储设备中的方式。首先,取证人员应当检验所准备的移动存储设备的安全性,确认没有病毒感染后进行复制,并及时检查复制的质量,防止因保存方式不当等原因而导致的复制不成功或感染病毒等。取证后,注明提取的时间并封闭取回。

③ 拍照、摄像。如果数据证据具有视听资料的证据意义,可以采用拍照、摄像的方法进行证据的提取和固定,以便全面、充分地反映证据的证明作用。同时对取证全程进行拍照、摄像,这样还具有增加证明力、防止翻供的作用。

④ 制作司法文书。一般包括检查笔录和鉴定。检查笔录是指对于取证证据种类、方式、过程、内容等在取证中的全部情况进行的记录。鉴定是专业人员就取证中的专门问题进行的认定,也是一种固定证据的方式。使用司法文书的方式可以通过权威部门对特定事实的认定

作为证据,具有专门性、特定性的特点,具有较高的证明力。主要适用于对具有网络特色的证据的提取,如数字签名、电子商务等,目前我国专门从事这种网络业务认证的中介机构尚不完善,还处在建立阶段。

⑤ 公证。由于电子证据极易被破坏,一旦被破坏又难以恢复原状,所以,通过公证机构将有关证据进行公证固定是获取电子证据的有效途径之一。

(3) 电子证据的保全

随着 IT 技术的飞速发展,计算机的功能更强大,操作更简单。对数据信息的传输和清除,瞬间即可完成。因此,电子证据的脆弱性,使之可信度、真实性和安全性产生怀疑。电子证据的保全则可以为电子证据的可信度、真实性和安全性提供保障。

① 常规保全。由于电子证据的保全有一定的特殊性,在运用常规保全方式需要较为变通的方式。如电子证人证言、电子当事人陈述等言辞证据常用的保全方法是制作讯问笔录和录制资料等;电子笔录常用的保全方法是打印出来加以核正,然后签字盖章封存,附卷妥善保管,不得损坏和随意销毁;电子物证和电子视听资料常用的保全方法是勘验并制作勘验笔录、绘图、拍照或者录像加以扣押和封存、提取原始介质;电子书证常用的保全方法是扣押、缩微、复制、存档。在有关人员实施保全活动中,为了确保保全结果的有效性,应该尽可能地通知双方当事人及其代理人到场,或者安排见证人见证。如果一方当事人在接到通知后不愿到场又一时难以找到合适的见证人的,则不影响证据保全的相应效力。

② 公证保全。公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请,依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。所谓电子证据的公证保全,就是指通过公证的方法,依照法定程序对电子证据的真实性、合法性予以证明的活动。

相关链接

电子证据的公证保全主要有两种形式:传统公证保全,传统公证保全是指公证机关、公证人员同申请人见面后,接受并审查申请人的委托,这种公证基本上仍属于传统的公证范畴,只不过公证的对象涉及电子证据而已;网络公证保全,在网络版权维护中,网络公证已经成为最常见的证据收集手段。目前,对网络公证服务产生迫切需求的领域分别是:网上招投标领域;大型电子商务企业之间的 B2B 交易;大型企业自建电子商务网领域;行业电子商务网站网上证券应用领域;网上支付应用领域;其他,诸如网上拍卖、网上抽奖、网上专利申请、网上点击量等凡是在网络中进行的,其身份、数据或支付有安全信用担忧的领域。

案例与思考 “熊猫烧香”案

2007 年 9 月 24 日,湖北省仙桃市人民法院公开开庭审理了备受社会各界广泛关注的被告人李俊、王磊、张顺、雷磊破坏计算机信息系统罪一案。被告人李俊犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑四年;被告人王磊犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑二年六个月;被告人张顺犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑二年;被告人雷磊犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑一年。

李俊于2006年10月开始制作计算机病毒“熊猫烧香”，并请雷磊对该病毒提修改建议。雷磊认为，该病毒会修改被感染文件的图标，且没有隐藏病毒进程，容易被发现，建议李俊从这两个方面对该病毒程序进行修改。李俊按照雷磊的建议修改了“熊猫烧香”病毒程序，由于其技术原因，修改后的病毒虽然不改变别人的图标，但还是出现图标变花，隐藏病毒进程问题也没有解决。2007年1月，雷磊自己对该病毒源代码进行修改，仍未解决上述两个问题。

2006年12月初，李俊在互联网上叫卖该病毒，同时也请王磊及其他网友帮助出售该病毒。随着病毒的出售和赠送给网友，“熊猫烧香”病毒迅速在互联网上传播，由此使得自动链接李俊个人网站www.krvkr.com的流量大幅上升。王磊得知此情形后，主动提出为李俊卖“流量”，并联系张顺购买李俊网站的“流量”，所得收入由其和李俊平分。为了提高访问李俊网站的速度，减少网络拥堵，王磊和李俊商量后，由王磊化名董磊为李俊的网站在南昌锋讯网络科技有限公司租用了一个2GB内存、百兆独享线路的服务器，租金由李俊、王磊每月各负担800元。张顺购买李俊网站的流量后，先后将九个游戏木马挂在李俊的网站上，盗取自动链接李俊网站游戏玩家的“游戏信封”，并将盗取的“游戏信封”进行拆封、转卖，从而获取利益。

从2006年12月至2007年2月，李俊共获利145 149元，王磊共获利8万元，张顺共获利1.2万元。由于“熊猫烧香”病毒的传播感染，影响了山西、河北、辽宁、广东、湖北、北京、上海、天津等省市的众多单位和个人的计算机系统的正常运行。2007年2月2日，李俊将其网站关闭，之后再未开启该网站。2007年2月4日、5日、7日被告人李俊、王磊、张顺、雷磊分别被仙桃市公安局抓获归案。李俊、王磊、张顺归案后退出所得全部赃款。李俊交出“熊猫烧香”病毒专杀工具。

仙桃市人民法院审理后认为，被告人李俊、雷磊故意制作计算机病毒，被告人李俊、王磊、张顺故意传播计算机病毒，影响了众多计算机系统正常运行，后果严重，其行为均已构成破坏计算机信息系统罪，应负刑事责任。被告人李俊在共同犯罪中起主要作用，是本案主犯，应当按照其所参与的全部犯罪处罚，同时，被告人李俊有立功表现，依法可以从轻处罚。被告人王磊、张顺、雷磊在共同犯罪中起次要作用，是本案从犯，应当从轻处罚。四被告人认罪态度较好，有悔罪表现，且被告人李俊、王磊、张顺能退出所得全部赃款，依法可以酌情从轻处罚。（《每日经济新闻》，2007-9-25）

思考：1. 网络犯罪对电子商务有什么影响？

2. 如何利用《刑法》保护电子商务的安全？

自测题

一、单选题

1. 计算机网络运行安全是指网络中的各个信息系统能够正常运行且（ ）。

A. 能正常地通过网络交流信息

B. 不会被计算机病毒入侵

- C. 不会死机 D. 能有效拦截垃圾邮件
2. 以下不属于计算机信息系统犯罪类型的是()。
- A. 计算机网络诽谤、诈骗罪
B. 破坏计算机信息系统功能罪
C. 破坏计算机数据和应用程序罪
D. 故意制造、传播破坏性计算机程序罪
3. 我国第一部计算机安全法规是()。
- A. 《中华人民共和国电子签名法》
B. 《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》
C. 《计算机欺诈法》
D. 《计算机滥用修正案》
4. 电子证据的合法性是指()。
- A. 证据必须符合法定的形式,且收集的程序是合法的
B. 电子证据必须与案件有联系,能证明案件存在的某种事实
C. 证据必须是不以人的意志为转移的客观存在
D. 证据的证明力
5. 我国《刑法》第二百八十五条规定,违反国家规定,侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的,处以有期徒刑或者拘役的期限是()。
- A. 1 年以下 B. 2 年以下 C. 3 年以下 D. 5 年以下
6. ODR 机制应当公开其处理争端的流程和调解的规则,使电子商务从业者与消费者能够了解其运作,这是要满足 ODR 的()。
- A. 透明度 B. 平等对待机制 C. 独立性 D. 对抗程序

二、多选题

1. 对于防范网络犯罪的技术,通常有()。
- A. 防火墙技术 B. 防病毒技术 C. 数字签名技术 D. 加密技术
2. 网络犯罪防治的法律对策是()。
- A. 修改法律 B. 完善相关法律 C. 制定新的法律 D. 加强法制教育
3. 电子商务交易信息质量要求包括()。
- A. 交易信息的完整性 B. 交易信息的保密性
C. 交易信息的不可抵赖性 D. 交易信息的有效性
4. 在线争议的解决方式主要有()。
- A. 在线协商 B. 在线调解 C. 在线仲裁 D. 在线清算
5. 电子证据的特征包括()。
- A. 依赖性 B. 便利性 C. 多样性 D. 易破坏性

三、判断题

1. 计算机信息系统的安全保护等级分为 5 个级别。这 5 个级别的安全保护能力依次增

强,计算机信息系统的安全等级越高,其安全保护能力就越强。()

2. 网络犯罪的犯罪主体是为刑法所保护的而为网络犯罪行为所侵犯的一切社会关系。()

3. 电子商务安全从整体上可分为计算机安全、网络安全和商务交易安全。()

4. 网络公证不能应用于网上招投标领域。()

四、简答题

1. 简述电子商务安全的需求。

2. 网络犯罪的类型有哪些?

3. 简述网络犯罪的成因分析。

4. 简述在线争议的解决方式。

实训题

实训一 生活中的法律

2015年2月,天津市河东区人民检察院对一起传播淫秽物品案提起公诉,河东区人民法院依法对被告人张某判处刑罚。被告人张某,男,34岁,中专文化。2013年1月至12月,被告人张某在其居住的家中,用笔记本电脑上网在某中文网站内,为了能查看更多的淫秽内容寻求刺激,利用自己是该网站天津地区管理员的身份,以虚假网名,在其管理的论坛各个板块中,审核及转发、传播了大量有色情服务的洗浴、按摩等场所的具体地点及里面的“小姐”具体服务态度和内容的电子文章,影响恶劣。经鉴定,发布的淫秽帖子70篇,点击144329次;审阅、管理的帖子782篇,点击1360371次。2014年2月,公安机关将被告人张某抓获归案。河东区人民法院以传播淫秽物品罪,依法判处被告人张某有期徒刑一年,缓刑两年。

实践技能要点解读

(1) 对违法行为的处理

①《中华人民共和国治安管理处罚法》。

第六十八条:制作、运输、复制、出售、出租淫秽的书刊、图片、影片、音像制品等淫秽物品或者利用计算机信息网络、电话以及其他通信工具传播淫秽信息的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处三千元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。

②《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》。

第五条:任何单位和个人不得利用国际联网制作、复制、查阅和传播下列信息:

(六)宣扬封建迷信、淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖,教唆犯罪的;……

第二十条:违反法律、行政法规,有本办法第五条、第六条所列行为之一的,由公安机关给予警告,有违法所得的,没收违法所得,对个人可以并处五千元以下的罚款,对单位可以并处一万五千元以下的罚款,情节严重的,并可以给予六个月以内停止联网、停机整顿的

处罚,必要时可以建议原发证、审批机构吊销经营许可证或者取消联网资格;构成违反治安管理行为的,依照治安管理处罚条例的规定处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(2) 犯罪的界定与刑罚处罚

打击网络传播淫秽电子信息的主要依据是 2004 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通信终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

第一条明确规定:以牟利为目的,利用互联网、移动通信终端制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息,具有下列情形之一的,依照《刑法》第三百六十三条第一款的规定,以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

- (一) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电影、表演、动画等视频文件二十个以上的;
- (二) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽音频文件一百个以上的;
- (三) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子刊物、图片、文章、短信息等二百件以上的;
- (四) 制作、复制、出版、贩卖、传播的淫秽电子信息,实际被点击数达到一万次以上的;
- (五) 以会员制方式出版、贩卖、传播淫秽电子信息,注册会员达二百人以上的;
- (六) 利用淫秽电子信息收取广告费、会员注册费或者其他费用,违法所得一万元以上的;
- (七) 数量或者数额虽未达到第(一)项至第(六)项规定标准,但分别达到其中两项以上标准一半以上的;
- (八) 造成严重后果的。

利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式,实施第一款规定行为的,依照《刑法》第三百六十三条第一款的规定,以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

第三条:不以牟利为目的,利用互联网或者转移通信终端传播淫秽电子信息,具有下列情形之一的,依照《刑法》第三百六十四条第一款的规定,以传播淫秽物品罪定罪处罚。

- (一) 数量达到第一条第一款第(一)项至第(五)项规定标准二倍以上的;
- (二) 数量分别达到第一条第一款第(一)项至第(五)项两项以上标准的。

实训二 登录调解在线,体会在线调解流程

- (1) 打开 IE 浏览器,输入网址 <http://www.odr.com.cn/>。
 - (2) 单击用户登录下的“新用户注册”(蓝字)。
 - (3) 填写相关信息,单击“确认注册”。
 - (4) 找出生活中的相关案例进行在线调解或和解。
-
- (1) 打开 IE 浏览器,输入调解在线网址 <http://www.adr101.com/>。
 - (2) 单击右上角的“注册”。

(3) 填写相关信息, 单击“确认注册”。

(4) 找出生活中的相关案例进行在线调解或和解。

实践技能要点解读

在 ODR 纠纷解决中, 尤其小额纠纷中, 当事人多倾向于匿名解决纠纷; 在纠纷解决程序上, ODR 比司法程序更具有随意性, 双方当事人可在 8 天时间中可随时登录聊天室补充证据, 相互辩论并出示证据; 在诉讼费用上, 目前该网站在初始阶段, 为吸引人气, 免费提供调解, 双方当事人均未支付费用; 在纠纷解决时间上, 也仅仅 8 天时间便审结此案。因此, 当事人选择在线争端解决程序解决纠纷, 避免了在法庭诉讼中诉讼成本(民事案件的最低诉讼收费为 50 元)与诉讼标的(12 元)的不成比例, 极大地节省了双方的人力、物力、财力和时间; 同时, 最后调解的达成也维持了双方当事人友好合作的商业关系。

在线和解服务无调解员参与, 适用于解决当事人之间因单一问题发生的争议, 如在价格、时间等方面存在的分歧。在线调解服务有调解员参与, 通过中立第三方进行在线实时调解。目前, 中心共有调解员 30 多位, 多为具备相应的专业知识及实际经验的、在相关领域有一定威望的专家、官员、律师和专业人士。

在线调解的使用流程包括六个阶段: 申请人提出申请、登记案件相关信息、选择调解员、在线调解、达成调解书和履行调解书。所有程序都通过在线的方式进行, 双方当事人通过 CHINAODR 随机创设的在线调解室, 以网上文字的形式进行事实陈述和证据出示(主要是相关证据的电子照片), 并由调解员介绍相关的法律, 提出调解方案, 双方当事人如果接受这一方案, 则达成调解协议。

小组任务

1. 小组组成及任务

案例: “熊猫烧香”案。

任务: 法庭模拟审理“熊猫烧香”案。

团队: 全班学生分成 3 个组, 第一组为公诉人, 第二组为被告, 第三组为法官、书记员和陪审员。

2. 要求

各团队准备相应诉讼材料, 在法庭模拟审理本章案例与思考时完成并体会相应角色。同时熟悉并掌握相应法律知识。

双方主要准备《中华人民共和国刑事诉讼法》和《中华人民共和国刑法》。

第一组(公诉人)准备材料: 犯罪活动记录。

第二组(被告)准备材料: 为自己进行无罪辩护。

第三组(法官、书记员和陪审员)审查证据, 并借助网络, 写出判决书。

第 6 章

其他相关电子商务法律制度



引导性案例

王某与张某、北京凌云互动信息技术有限公司、海南天涯在线网络科技有限公司侵犯名誉权纠纷系列案。

王某与死者姜某系夫妻关系，双方于 2006 年 2 月 22 日登记结婚。2007 年 12 月 29 日，姜某从自己居住楼房的 24 层跳楼自杀身亡。

姜某生前注册了名为“北飞的候鸟”的个人博客，并进行写作。在自杀前 2 个月，姜某关闭了自己的博客，但一直在博客中以日记形式记载了自杀前两个月的心路历程，将王某与案外女性东某的合影照片贴在博客中，认为二人有不正当两性关系，自己的婚姻很失败。姜某的日记显示出了丈夫王某的姓名、工作单位地址等信息。姜某在 2007 年 12 月 27 日第一次试图自杀前将自己博客的密码告诉一名网友，并委托该网友在 12 小时后打开博客。在姜某于 2007 年 12 月 29 日跳楼自杀死亡后，姜某的网友将博客密码告诉了姜某的姐姐。张某系姜某的大学同学。得知姜某死亡后，张某于 2008 年 1 月 11 日注册了非经营性网站，名称与姜某博客名称相同，即“北飞的候鸟”。在该网站首页，张某介绍该网站是“祭奠姜某和为姜某讨回公道的地方”。张某、姜某的亲属及朋友先后在该网站上发表纪念姜某的文章。张某还将该网站与天涯网、新浪网进行了链接。

姜某的博客日记被转发在天涯社区论坛中，后又不断被其他网民转发至不同网站上，姜某的死亡原因、王某的“婚外情”等情节引发众多网民的长时间、持续性关注和评论。许多网民认为王某的“婚外情”行为是促使姜某自杀的原因之一；一些网民在进行评论的同时，在天涯虚拟社区等网站上发起对王某的“人肉搜索”，使王某的姓名、工作单位、家庭住址等详细个人信息逐渐被披露；更有部分网民在大旗网等网站上对王某进行谩骂、人身攻击，还有部分网民到王某家庭住址处进行骚扰，在门口刷写、张贴“逼死贤妻”、“血债血偿”等标语。

大旗网系由凌云公司注册管理的经营性网站。在姜某死亡事件引起广泛关注后，大旗网

于2008年1月14日制作了标题为《从24楼跳下自杀的MM最后的BLOG日记》的专题网页,主要包括如下内容:对姜某自杀事件发生经过的介绍;相关帖子的链接;网民自发到姜某自杀的小区悼念的现场情况;对网民进行现场采访的内容;对姜某的姐姐、姜某的同学张某、姜家的律师进行电话采访的内容和“网友留言”、“心理专家分析”等专栏。大旗网在专题网页中使用了王某、姜某、东某的真实姓名,并将姜某的照片、王某与东某的合影照片、网民自发在姜某自杀身亡地点悼念的照片、网民到王家门口进行骚扰及刷写标语的照片等粘贴在网页上。

王某分别起诉张某、凌云公司、天涯在线,请求停止侵害、删除信息、消除影响、赔礼道歉并赔偿精神抚慰金。

北京市朝阳区法院认为,公民的个人感情生活包括婚外男女关系均属个人隐私。张某披露王某的个人信息行为侵害了王某的隐私权。凌云公司在其经营的大旗网上对关于该事件的专题网页报道未对当事人姓名等个人信息和照片进行技术处理,侵害了王某的隐私权并导致王某的名誉权遭受损害,应当承担删除专题网页、赔礼道歉和赔偿精神损害等侵权责任。天涯公司经营的天涯虚拟社区网根据有关法律法规制定了上网规则、对上网文字设定了相应的监控和审查过滤措施、在知道网上违法或侵权言论时采取了删除与本案有关的网络信息,已经履行了监管义务,不承担侵权责任。

2013年11月26日,亚马逊中国推出了感恩节促销活动。其中,在一折秒杀活动中,长虹一款32寸液晶电视标价为161.99元。超低的价格,令上千名消费者纷纷下单抢购。但一天后,消费者却陆续接到亚马逊中国缺货、取消订单的邮件。而消费者发现,长虹该款电视却以1489元的价格在亚马逊中国上继续销售。只不过由当时的亚马逊自营销售变成由长虹专卖店销售。

感到受歧视的消费者成立了“亚马逊长虹诉讼群”的QQ维权群。其中169名消费者委托律师向亚马逊中国递交了律师函,要求亚马逊及时发货,赔礼道歉。但亚马逊中国迟迟没有回应。

2014年1月,宁先生等三位消费者代表向北京朝阳法院递交了起诉书,要求亚马逊中国履行订单交付电视机。3月3日,朝阳法院开庭审理此案。4月15日,朝阳法院判决亚马逊败诉,责成亚马逊中国于判决生效起十日内,给消费者售价161元的长虹32寸电视,并承担消费者的证据保全费1000元,律师费4000元。逾期将加倍支付债务利息。亚马逊不服此判决,向北京第三中级人民法院提起上诉。

2014年,北京第三中级法院做出终审判决,维持一审法院判决,判令以无货为由单方面取消订单的亚马逊中国败诉,支持消费者所有诉讼请求,要求亚马逊向三名网购消费者履行交付长虹电视机并承担消费者的律师费等维权费用。

法斗士网律师孙英杰告诉家电消费网,电商平台以各种理由单方面取消消费者的订单(俗称“砍单”、“空卖”)是网购行业的顽疾,且有愈演愈烈之势。不仅亚马逊,京东商城、易迅、1号店等多家电商平台都被消费者投诉过砍单事件。而相关法律法规还是空白,消费者维权

十分困难。这次法院判决首次系统地解决了消费者网购维权的几大法律问题,使消费者的维权之路更为通畅。



本章学习目标

1. 熟悉电子商务中网络隐私权保护法律制度。
2. 了解和熟悉电子商务中消费者权益保护法律制度。
3. 掌握网络信息传播相关法律制度。
4. 了解电子商务税收法律制度。



能力指标解析表

其他相关电子商务法律制度

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
电子商务中网络隐私权保护法律制度	0.25	网络隐私权概述	0.2	隐私和隐私权	0.2
				网络隐私和网络隐私权	0.4
				网络隐私权的主要侵权方式	0.4
		国外网络隐私权保护的立法概况	0.3	关于网络隐私权的立法原则	0.5
				关于网络隐私权保护的立法模式	0.5
		我国网络隐私权的保护现状	0.2	网络隐私权《宪法》保护	0.2
				网络隐私权《民法》保护	0.2
				网络隐私权《刑法》保护	0.2
				网络隐私权诉讼法保护	0.2
				网络隐私权的相关法律保护	0.2
信息网络传播权保护法律制度	0.25	信息网络传播权概述	0.1	应明确网络隐私权的范围	0.2
				加强网络使用者的隐私保护意识	0.4
				尽快制定个人信息保护法	0.4
				信息网络传播权的定义	0.25
				信息网络传播权的内容和特点	0.25
				禁止违法行使信息网络传播权	0.25
				保护技术措施	0.25
		我国信息网络传播方面的立法概况	0.2	我国信息网络传播方面的立法概况	1
		信息网络传播的法律保护	0.2	合理使用制度	0.2
				图书馆等公共文化机构通过信息网络提供馆藏作品的合理使用制度	0.2
				远程教育的法定许可	0.2
				扶助贫困通过信息网络提供作品的特别规定	0.2
				合理使用和法定许可的具体条件	0.2
					0.2

续表

一级指标	权重	二级指标	权重	三级指标	权重
信息网络传播权 保护法律制度	0.25	著作权人和互联网内容提供者的保护责任	0.1	著作权人和互联网内容提供者的保护责任	1
		网络服务提供者在经营活动中应承担的义务	0.1	配合著作权人保护其权益的义务	0.25
				配合互联网内容提供者保护其权益的义务	0.25
				社会的义务	0.25
				行政义务	0.25
		网络服务提供者免除赔偿责任的情况	0.2	单纯提供接入服务或者传输服务	0.25
				系统缓存服务	0.25
				信息存储空间服务	0.25
				通知与删除服务	0.25
		法律责任	0.1	侵权责任	0.5
				行政责任	0.5
电子商务中消费者 权益保护法律 制度	0.25	电子商务交易中的消费者	0.1	消费者的含义	0.2
				电子商务消费者的界定	0.4
				电子商务消费者的特点	0.4
		侵害电子商务消费者权益的原因分析	0.2	电子商务自身的性质	0.4
				法律制度不完善	0.3
				网络技术方面的原因	0.3
		电子商务消费者的权利及其法律保护	0.2	安全权	0.25
				知情权	0.25
				公平交易权	0.25
				索赔权	0.25
		电子商务经营者的义务	0.1	电子商务经营者的义务	1
		网上消费者协会	0.1	网上消费者协会	1
		电子合同与消费者权益的保护	0.2	电子合同的概念	0.25
				电子合同的条款	0.25
				格式合同及免责条款	0.25
				系统设置与系统障碍	0.25
		我国电子商务消费者权益保护制度的完善	0.1	完善相关法律建设	0.4
				加强电子商务企业的自律性	0.3
				加大执法力度	0.3
电子商务税收法 律制度	0.25	电子商务对传统税收理论与实践的冲击	0.2	电子商务对税收理论的冲击	0.3
				电子商务中课税对象的变化	0.4
				电子商务对现行税法的冲击	0.3
		电子商务税收法律制度构建的基本前提	0.3	诚信基础	0.3
				法律基础	0.4
				技术基础	0.3
		科学界定电子商务中的课税对象	0.2	间接电子商务中的课税对象	0.5
				直接电子商务中的课税对象	0.5
		开征电子商务新税——网络信息商品税	0.3	电子商务应否征收新税的论说	0.5
				电子商务新税——网络信息商品税征收方案	0.5



职业指导

电子商务时代对法律人才的需求显得尤为迫切。为了避免电子商务中个人的隐私权遭到侵犯和防止个人信息遭到不当收集、恶意使用、篡改的情况发生,保护电子商务消费者的合法权益,网络知识产权的合法保护及网上税收的切实进行,相关的法律人才显得尤为重要。为此,在学好电子商务知识的同时,更应重视相关法律的学习,以满足实际工作岗位的需要。

6.1 电子商务中网络隐私权保护法律制度

6.1.1 网络隐私权概述

1. 隐私和隐私权

通常认为,隐私是一种与公共利益、群体利益无关,当事人不愿他人知道或他人不便知道的个人信息,当事人不愿他人干涉或他人不便干涉的个人私事,以及当事人不愿他人侵入或他人不便侵入的个人领域。从隐私的概念可以看出,隐私是由个人信息、个人活动和个人空间所组成。

隐私权是自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。



相关链接

根据我国国情及国外有关资料,下列行为可归入侵犯隐私权范畴。

- (1) 未经公民许可,公开其姓名、肖像、住址和电话号码。
- (2) 非法侵入、搜查他人住宅,或以其他方式破坏他人居住安宁。
- (3) 非法跟踪他人,监视他人住所,安装窃听设备,私拍他人私生活镜头,窥探他人室内情况。
- (4) 非法刺探他人财产状况或未经本人允许公布其财产状况。
- (5) 私拆他人信件,偷看他人日记,刺探他人私人文件内容,以及将它们公开。
- (6) 调查、刺探他人社会关系并非法公之于众。
- (7) 干扰他人夫妻性生活或对其进行调查、公布。
- (8) 将他人婚外性生活向社会公布。
- (9) 泄露公民的个人材料或公之于众或扩大公开范围。
- (10) 收集公民不愿向社会公开的纯属个人的情况。

在我国现行法律中,并无提及隐私权字眼的明文条款。

2. 网络隐私和网络隐私权

网络隐私,是指自然人在因特网上从事私人活动过程中所形成的隐私。网络隐私至少应

包括以下内容：① 身份方面，网络用户在申请网上开户、个人主页、免费邮箱以及其他服务时，网络服务商要求用户登记的姓名、性别、年龄、婚姻状况、家庭住址、身份证号码、工作单位、住宅电话及手机号码等身份识别信息；② 财产方面，个人的财产状况和信用资料，包括个人收入、信用卡、电子消费卡、上网卡、上网账号及密码、网上交易账号及密码、网上炒股账号及密码、QQ 号及密码、网络游戏账号及密码等；③ 用户网络活动踪迹，如 IP 地址、活动内容与浏览踪迹等。同时由于网络技术的不断进步，网络隐私权的内容在扩大，侵权行为的类型也在增多。

网络隐私权是指公民在网络中（包括局域网、广域网和互联网）享有的个人信息、网上个人活动依法受到保护，不被他人非法侵犯、知悉、搜集、复制、公开、传播和利用的一种人格权。从网络隐私权保护的角度而言，主要内容包括网络个人信息资料搜集的知情权、网络个人信息资料搜集的选择权、网络个人信息资料的控制权、网络个人信息资料的安全请求权和网络个人信息资料的利用限制权等内容。

3. 网络隐私权的主要侵权方式

（1）未经授权进入他人系统收集获得资料、在网络上公开或转让他人的隐私

该类侵权行为如果造成一定的影响，对他人的名誉造成损害，或对他人的肖像权进行了侵犯，应承担侵权责任。

（2）未经授权截获或复制他人正在传递的电子信息

这类侵权大多是黑客（Hacker）未经授权截获或复制他人正在传递的电子信息，利用各种技术手段窃取和篡改网络用户的私人信息，其情节严重的可以适用《刑法》第二百五十三条规定，构成侵犯通信自由罪。

（3）制造、传播计算机病毒及从事其他侵犯网络和其他人合法权益的活动

《计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》第十八条规定：用户“不得制造、传播计算机病毒及从事其他侵犯网络和其他人合法权益的活动。”其行为严重的，应当承担刑事责任。

（4）广告商的大量垃圾邮件侵扰他人安宁

对某些经常性、有目的性、有针对性地向特定的人发送垃圾邮件的，其行为属于侵扰他人安宁，应通过侵权法进行调整。

（5）网络提供商的侵权行为

① 互联网服务提供商（ISP）的侵权行为。网站经营者作为 ISP，可能通过两种方式侵害隐私：一是直接侵害了他人的隐私权。如 ISP 将其客户的邮件转移或关闭，造成客户邮件丢失、个人隐私、商业秘密泄露。这种情况下 ISP 应该承担相应的民事责任。二是间接侵害了他人的隐私权。如 ISP 对他人发表在网站的侵权信息放纵、无视。这种情况下，虽然 ISP 不具有主观故意，但应该承担相应的民事责任。

目前，从我国司法实践来看，这类 ISP 的侵权行为所承担的法律后果为停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等，一般不适用损害赔偿。

② 互联网内容提供商（ICP）的侵权行为。ICP 是通过建立网站向广大用户提供信息。

关于 ICP 的侵权行为,《计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》第二十条规定:互联单位、接入单位“发现有害信息应当及时向有关主管部门报告,并采取有效措施,不得使其扩散。”如果 ICP 发现明显的公开宣扬他人隐私的言论,对其采取放纵的态度任其扩散,ICP 构成侵害用户隐私权,应当适用过错责任。

(6) 网络监视及窃听

某些网络的所有者或管理者会通过网络中心监视或窃听局域网内的其他计算机,监控网内人员的电子邮件。这种行为严重侵犯了用户的隐私权,如果网络的所有者或管理者得到的用户隐私的信息并用于传播或其他目的,应当承担法律责任。

综上所述,网络隐私权主要是指自然人在网络中享有的私人生活安宁与私人信息依法受到保护,不被他人非法侵犯、知悉、搜集、复制、公开和利用的一种人格权;也指禁止在网上泄露某些与个人有关的敏感信息,包括事实、图像以及毁损的意见等的权利。它主要包括两个方面的内容:一是在积极意义上,用户依法享有保持个人的生活安宁,保护个人信息秘密不被他人非法侵扰、知悉、搜集利用和公开,即不受侵扰;二是在消极意义上,用户能够自由决定个人生活和个人信息的状况和范围,并能够对其进行利用,即个人对于其个人隐私应有主动积极控制支配的权利。网络技术的发展使得对个人隐私的保护比传统隐私权保护更困难。

6.1.2 国外网络隐私权保护的立法概况

日益增多的网上侵犯隐私权的行为,严重地遏制了电子商务的发展。为此,各国政府都十分重视电子商务中隐私权保护的立法。许多国家制定或修改了其隐私权保护的法律,以适应发展电子商务的需要。

1. 关于网络隐私权的立法原则

欧盟在个人隐私资料保护方面确立了更为具体的原则。

(1) 安全保护原则

安全保护原则,即对资料应采取合理的安全保护措施,并对资料的传输配合适当的管制。对资料的收集应经本人同意并以合法、公正的手段进行,除本人同意外,资料不得作目的范围外的利用。

(2) 公开原则

公开原则,即资料的开发、运用应遵循公开政策,个人有权了解其资料的用途。资料的收集应符合资料利用的目的,并确保资料的正确、完整与最新。

(3) 个人参与原则

个人参与原则,个人有权知悉其资料的内容,并可随时请求删除、更正自己的资料。在保护手段方面,欧盟则主张采用立法规范的方式来解决网络隐私权保护问题。这种自律与律的差异,使欧美之间在电子商务中的隐私权保护政策方面存在矛盾和冲突。

美国 1995 年 10 月发布的《个人隐私与国家信息基础结构》白皮书中指出:网络环境下

保护个人隐私应遵循“告知”和“许可”两大原则。其中,告知是指数据收集者应当事先告知客户他们在收集何种个人数据及如何使用;许可是指经客户同意后,收集者才能按事先宣布的用途自由使用这些数据。对不当使用或披露个人信息,或提供了不正确的、过时的、不完整的个人信息给消费者造成损害的,数据管理者应承担法律责任。

2. 关于网络隐私权保护的立法模式

网络环境下加强对隐私权加以保护的基本原则各国已经取得共识,但立法模式并不相同。如欧盟各国根据《欧盟个人数据保护指令》所制定的个人数据保护法,对个人数据的范围、数据主体的权利、数据的处理及收集和使用等问题均作了明确规定。根据《欧盟个人数据保护指令》,数据控制者负有以下主要义务:

① 合法处理数据的义务。数据控制者必须确保个人资料是在公平合法的情况下处理,且资料的处理须经当事人的明示同意。

② 对有关种族血源、政治意向、宗教信仰、商会会员、健康或性生活等敏感资料,原则上禁止处理的义务。

③ 告知当事人的义务。资料管理人应告知当事人有关资料处理的目的、资料传递的收受人以及查询、更正资料等事项。同时,数据主体享有三项基本权利,即查询资料权、更正删除或封存个人资料权和对资料管理人为促销目的而处理个人资料的反对权。有的国家制定了专门的网上个人数据保护的单行法规,如瑞士、西班牙、丹麦、英国、新西兰、意大利、德国等国家先后制定了专门的个人数据保护法。有的国家则将网络中的隐私权保护置于传统的隐私权保护的框架之中。例如美国,它并没有单独制定专门的个人数据保护法,而是适用1974年的《个人隐私法》对网络和电子商务中的个人隐私权进行保护。由于立法模式上的差异,使得网络隐私权保护的立法内容有粗略之分。一般来说,专门的个人数据保护法对隐私权的规定更详细和周密。

6.1.3 我国网络隐私权的保护现状

我国改革开放以来,随着立法进程的加快,法律体系不断完善,但是,由于我国长期以来对个人隐私权缺乏足够的重视,个人隐私法律意识淡薄,在隐私权保护方面还没有专门的法律法规,更不要谈及网络隐私的问题,最多只是在一些相关的法律中做出零散的规定。



相关案例 购买20万条个人信息用于电话推销 小伙被判刑

一个化妆品咨询服务部的小老板董某,为了拓宽客户群,更多地销售自己的化妆品,竟然花六七万元在网上购买了二十多万条公民个人信息。2014年2月,江苏省太仓市人民法院审结了这起案件,确认被告人董某非法获取公民信息41132条,情节严重,构成非法获取公民个人信息罪,判处董某有期徒刑六个月,并处罚金一万元,没收违法所得一万元。

1. 网络隐私权《宪法》保护

我国《宪法》第三十八条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任

何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”第三十九条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”第四十条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或追查刑事犯罪的需要,由公安机关或检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”宪法以根本大法的形式为隐私权的主要方面提供了保护依据。

2. 网络隐私权《民法》保护

我国《民法》没有直接规定对公民隐私权进行保护的条款,而只是在《民法通则》第一百零一条规定:“公民和法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护。”将隐私权归入名誉权中加以间接保护。



法律提示

2010年7月1日《侵权责任法》开始实施,其中,该法第三十六条规定“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的,应当承担侵权责任。网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任”,首次对人肉搜索的侵权责任进行了规定。

3. 网络隐私权《刑法》保护

《刑法》第二百四十五条规定:“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”《刑法》第二百五十二条规定:“隐匿、毁弃或者非法开拆他人邮件,侵犯公民通信自由权利,情节严重的,处一年以下有期徒刑或者拘役。”《刑法》第二百五十三条规定:“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的,处二年以下有期徒刑或拘役。”



法律提示

根据2009年2月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过《中华人民共和国刑法修正案(七)》,在《刑法》第二百五十三条后增加一条:“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,违反国家规定,将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者非法提供给他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”“窃取或者以其他方法非法获取上述信息,情节严重的,依照前款的规定处罚。”“单位犯前两款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照各该款的规定处罚。”

4. 网络隐私权诉讼法保护

我国《刑事诉讼法》第一百八十三条规定“人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理；涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理”。《民事诉讼法》第六十八条规定：“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。”第一百三十四条规定：“人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。”《行政诉讼法》第三十条、第四十五条分别规定：“代理诉讼的律师，可以依照规定查阅本案有关材料，可以向有关组织和公民调查，搜集证据。对涉及国家秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。经人民法院许可，当事人和其他诉讼代理人可以查阅本案庭审材料，但涉及国家秘密和个人隐私的除外。”

5. 网络隐私权的相关法律保护

《未成年人保护法》第三十条规定：“任何组织和个人不得披露未成年人的个人隐私。”《妇女权益保障法》第三十九条规定：“妇女的名誉权和人格尊严受法律保护。禁止用侮辱、诽谤、宣扬隐私等方式损害妇女的名誉和人格。”

我国《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第七条规定：“用户的通信自由和通信秘密受法律保护。任何单位和个人不得违反法律规定，利用国际联网侵犯用户的通信自由和通信秘密。”《计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》第十八条规定：“不得擅自进入未经许可的计算机系统，篡改他人信息，冒用他人名义发出信息，侵犯他人隐私。”

以上有关隐私权的法律规定表明，网络隐私权的法律保护在我国已经开始呈现出部门化、独立化和特别化的趋势，制定旨在保护个人网络隐私权的单行法律法规将走上议事日程。

6.1.4 我国网络隐私权保护的立法建议

1. 应明确网络隐私权的范围

网络隐私权所保护的个人隐私，是个人在网络中享有的个人信息、网上个人活动不被他人非法侵犯、知悉、搜集、复制、公开、传播和利用的一种权利，为了使网络隐私权得到充分保护，应在法律中明确规定网络隐私权的保护范围。但鉴于网络科技加速发展、社会变革日益深化的情况，要以灵活性的条款保证新出现的权利也能够得到及时、有效地保障和维护。

2. 加强网络使用者的隐私保护意识

目前，我国公民网络隐私的自我保护意识很淡薄，用户在网上购物，对于商家索取用户的电子邮件和电话号码，缺乏应有的防范意识。因此，必须教育网络使用者加强隐私自我保护意识，并且积极采取有效的措施以防止个人数据资料的丢失。

3. 尽快制定个人信息保护法

随着社会的不断发展,电子商务主体在进行各种活动时,往往会收集、保存大量的个人信息。由于信息技术的不断发展,批量处理和传递个人信息会越来越容易,个人信息遭到不当收集、恶意使用、篡改的隐患也就会随之出现。因此,通过立法在我国尽快建立个人信息保护法律制度已是刻不容缓的一件大事。

(1) 我国个人信息滥用情况的类别

① 过度收集个人信息。有关机构超出所办理业务的需要,收集大量非必要或完全无关的个人信息。例如,一些商家在办理积分卡时,要求客户提供身份证号码、工作机构、受教育程度、婚姻状况、子女状况等信息;一些银行要求申办信用卡的客户提供个人党派信息、配偶资料乃至联系人资料等。

② 擅自披露个人信息。有关机构未获法律授权、未经本人许可或者超出必要限度地披露他人个人信息。例如,一些地方对行人、非机动车交通违法人员的姓名、家庭住址、工作单位以及违法行为进行公示;有些银行通过网站、有关媒体披露欠款者的姓名、证件号码、通信地址等信息;有的学校在校园网上公示师生缺勤的原因,或者擅自公布贫困生的详细情况。

③ 擅自提供个人信息。有关机构在未经法律授权或者本人同意的情况下,将所掌握的个人信息提供给其他机构。例如,银行、保险公司、航空公司等机构之间未经客户授权或者超出授权范围共享客户信息。

④ 非法买卖个人信息。调查发现,社会上出现了大量兜售房主信息、股民信息、商务人士信息、车主信息、电信用户信息、患者信息的现象,并形成了一个新兴的产业。例如,个人在办理购房、购车、住院等手续之后,相关信息被有关机构或其工作人员卖给房屋中介、保险公司、母婴用品企业、广告公司等。

相关链接

个人信息被泄露和贱卖,不法分子靠此牟取非法利益,已经成为一条黑色产业链。近年来,一些比较有影响的案例,充分说明了这种状况的严重性。警方曾公布了个人信息泄露的五大案例,提醒公众要注意个人信息保护。然而在种种例外和免责条款下,消费者的权利很难获得保障。正如专家所言,个人姓名、职业、身份证号码、手机号码、家庭电话、家庭住址,甚至银行存款、投资状况等各种信息作为“商品”被廉价出售。各种垃圾短信、垃圾邮件、骚扰电话等,严重干扰人们的正常生活,甚至危及生命、财产安全。

与泛滥成灾的非法交易相比,惩治的手段却显得低调。2009年2月28日颁布实施的《刑法修正案(七)》对侵犯公民个人信息罪进行了立法。2013年2月,《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》正式出台,这是我国首个有关个人信息保护的国家标准,但对于个人信息安全保护仍存在一定的局限性。目前我国个人信息保护方面的法律还不完备,没有一个完善的法律体系,公民个人信息保护法还未出台,司法实践中准确理解和认定此罪仍有难度。因此,在现实之中,一方面法律的不完善,使得“泄露个人信息”难以产生法律敬畏,泄密者法律意识因为风险太小,而没有得到加强;另一个方面,执法部门因为法律的缺位,在具体执法过程中难免职责不清,放不开手脚。

从目前的情况来看,一是要尽快完善相关法律法规,在《刑法修正案(七)》的基础上,响应社会号召和公众吁求,加快个人信息保护法的立法,做到有法可依;二是应加强相关案件的查处和执行,对个别典型的违法犯罪行为进行高调打击,相关的监管机构要对重点领域和行业强化监管,促使金融机构、酒店、网络公司等信息使用方,切实履行第一责任人的责任。在此基础上,加强对个人信息保护的宣传和学习,不断提升个人防范和保护信息的意识,以此形成全民共治的格局。

在国外,完备的法律是保障个人信息的最好武器。以美国为例,如果隐私被人侵犯,造成了精神或物质上的损害,美国人就会诉诸法律。这主要得益于美国对隐私保护相关的立法比较成熟。因而,我国个人信息的保护要实现法治化,首先要做到法制化,率先解决法律缺位的问题。个人信息被贱卖再证立法迫在眉睫,现在共识已然形成,当务之急则是要尽快付诸行动,让制定个人信息保护法不再停留在口头上。做到了法律兜底下的有法可依,对侵犯公民个人信息的行为予以惩罚,并以之规范各方行为才能实现源头治理。

(2) 我国个人信息保护现状的成因

① 个人权利意识的缺失。在我国,虽然绝大多数人认为自己有权了解个人信息的存在情况,如果滥用造成损失可以请求赔偿,但在是否有权拒绝提供信息上,不少人认为自己没有这个权利。据调查,在个人信息曾被滥用者中,仅有4%左右的人进行过投诉或提起过诉讼。导致公众在进行投诉、诉讼时遇到困难或不愿意投诉、提起诉讼的因素有:无法确定哪些机构应承担责任、无法确定向什么机构投诉或者以谁为对象提起诉讼、无法获得有力的证据、投诉或者诉讼成本过高等。

② 现行个人信息保护规定存在缺陷。由于个人信息保护尚缺乏专门性规定,个人信息处理活动应当遵循怎样的原则、信息主体在个人信息处理活动中享有哪些权利、对滥用个人信息的信息处理者如何予以制裁、由什么机构负责执法等都存在疑问。

另外,现行的各类规定一般仅限于禁止泄露个人信息,但是,个人信息主体在信息收集、保存、利用中的知情权、同意权、请求更正错误信息和删除不必要信息乃至获得救济的权利等,几乎都没有得到确认。

(3) 我国在制定《个人信息保护法》时应考虑的问题

① 法律应当明确规定个人与个人信息收集机构的权利和义务。对于个人来说,法律应明确赋予其控制其自身信息的权利,在其按规定向收集机关提供其个人信息后享有获得相应服务、办理相关事务的权利等。对于个人信息收集机构来说,拥有按法律规定收集、加工、使用个人信息的权利以及维护其收集工作正常进行的权利等。其义务在于告知信息提供者其权利义务;告知所要收集的个人信息的使用范围和使用目的;保护信息生成人的权利;维护所收集个人信息的安全和完整;透明化对个人信息的使用状况;接受法定监督机关以及公民的监督等。

② 法律应当对个人信息使用的法定许可与合理使用的范围进行规定,避免个人信息权的不合理扩张。当涉及国家安全、公共利益时,应当对个人信息权予以适当限制。

③ 明确规定个人信息征集和使用的程序。我国的个人信息保护立法必须遵循提高效率

与保护隐私有机结合的原则,以法律的形式明确规定个人信息征集和使用的法定程序。

④ 确立公民个人信息的法律救济制度。一是应由行政机关通过行政处罚的方式对公民个人信息权受到侵害实施救济,使信息收集者对错误的信息收集行为进行改正并对损失予以赔偿;二是通过司法途径进行救济,即信息权人对他人的侵权行为提起损害赔偿诉讼。

6.2 信息网络传播权保护法律制度

数字和网络技术的迅速发展为作品创作和传播提供了革命性的技术支持,但技术也是一把“双刃剑”。一方面,公众因数字和网络技术而拥有了获取和使用作品的极大便利;另一方面,公众与权利人在直接经济利益上的对立变得前所未有的尖锐。如何保护权利人的权利,规范数字、网络环境下的传播行为成为世界各国面临的共同问题。



相关案例 起点中文网起诉纵横中文网 最贵网络文学侵权案判罚 300 万

2014 年 10 月 24 日,上海市高级人民法院对起点中文网起诉纵横中文网侵权一案做出终审判决,由被告北京幻想纵横赔偿原告玄霆娱乐经济损失 300 万元及合理费用 3 万元。此案例为目前国内法院对单部文字作品信息网络传播权侵权做出的最高额判决。

据了解,原告上海玄霆娱乐信息科技有限公司是“起点中文网”的运营商。2010 年 1 月 18 日,原告与文字作品《永生》的作者王钟(笔名:“梦入神机”)签署了《白金作者作品协议》。根据协议内容,在协议生效之日起 4 年内,王钟创作的所有作品在全球范围内的信息网络传播权及电子形式的其他权利永久转让给原告。2010 年 7 月,原告发现王钟在被告北京幻想纵横网络技术有限公司经营的纵横中文网(www.zongheng.com)上发表了《永生》作品,后经诉讼,上海市第一中级人民法院作出生效判决,确认原告享有《永生》作品的著作权。

原告认为,被告严重侵犯了原告对《永生》作品享有的信息网络传播权等合法权益,遂诉至法院,请求被告立即停止侵权,赔偿原告经济损失人民币 1200 万元;赔偿原告支出的合理费用 51500 元。

目前国内的侵权案主要根据原告的经济损失和被告的不正当获利进行判罚。由于优秀网络文学作品为市场带来巨大经济效益,侵权行为一旦发生,将会为原告带来巨大的经济损失,未来对单部文字作品信息网络传播权的判罚可能会更高。

6.2.1 信息网络传播权概述

1. 信息网络传播权的定义

信息网络传播权,是指以有线或者无线方式向公众提供作品、表演或者录音录像制品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品、表演或者录音录像制品的权利。这个定义涵盖了著作权人对其作品享有的信息网络传播权以及表演者、录音录像制作者对其表演、录

音录像制品享有向公众传播并获得报酬的权利。

信息网络传播权有“公众”、“自己选定的时间”、“自己选定的地点”三个要件，三要件缺一不可。应该可以理解为信息网络传播权只适用于广域网，不适用于局域网，因为局域网传播限定了作品接受者的地域范围，使其并不能在其个人选定的地点获得作品。科研院所、大专院校、企事业单位等在单位内部的局域网内共享的资料不会涉及侵犯信息网络传播权的问题。但这并不意味着不侵犯其他著作权（如复制权），只是要根据《著作权法》及其他法律法规（如《计算机软件保护条例》及相关司法解释）的规定来加以判断。

2. 信息网络传播权的内容和特点

（1）信息网络传播权的内容

信息网络传播权的内容包括两个方面：一是许可权，任何组织和个人通过信息网络向公众提供他人的作品、表演、录音录像制品，应当取得权利人的许可；二是获酬权，通过信息网络向公众提供他人的作品、表演、录音录像制品，应当向权利人支付报酬。

（2）信息网络传播权的特点

① 权利行使方式的特定性。信息网络传播是指将文学、艺术作品及计算机程序、具有著作权的信息资料等数字化后通过网络（包括局域网）向公众传播，使公众可以在选择的时间、地点和范围接触上述作品信息。因此，信息网络传播权行使离不开计算机网络，而且传播过程中的复制、发行、浏览、存储等环节都与网络息息相关。

② 权利主体的专有性。信息网络传播是著作权人及其邻接权人的专有权利，是排他性的权利。除法律规定的合理使用、法定许可等情况外，他人不经授权许可，不得擅自将著作权人及邻接权人的作品在网络上传输和传播，否则构成侵权行为。

③ 权利内容的复合性。信息网络传播权是传统的复制类权利和传播类权利的结合。传统的传播类权利包括发行权、出租权、表演权、放映权、展览权、广播权（包括有限传播权）等。作品在网络传播过程中，产生了一系列涉及作品著作权的行为，主要包括复制、发行、展示展览、表演播放等，其中以复制行为最为突出。网络传播行为本身就包含了对作品的多种使用方式，而且数种使用方式具有高度的复合性，因此作为著作权人专有权利之一的信息网络传播权的内容就有了复合性的特点。因此，应区分不同情况，选择适用原有的关于复制类或者传播类权利的规范。

④ 权利行使的限制性。知识产权是一种私权，而且是一种绝对权，也可以说，这是一种合法的垄断，具有专有性和排他性，但也有地域性和时间性。著作权法的立法目的有两个：一是保护作者的权利，鼓励创作；二是鼓励传播。也就是要在保护创造者个人私益的基础上寻求个人与社会公益的平衡，信息网络传播权当然也不例外。信息网络传播权的行使要考虑到权利专有与社会公共利益的平衡点。既要保护权利人的合法权益，激励其创作与传播作品的积极性，又要发挥计算机网络交互性、开放性、便捷性的特点，促进公众对社会智力成果的掌握，推动整个社会的文明进步。因此，对信息网络传播权应予以限制。虽然新著作权法没有明确规定对信息网络传播权的限制，但新著作权法第二十二条关于合理使用的规定同样适用于信息网络传播的作品，不仅应当适用，还应当适当地扩大合理使用的范围，如远程教育等。

3. 禁止违法行使信息网络传播权

网络作为新兴的媒体,已经成为意识形态领域的重要阵地。中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《2006—2020年国家信息化发展战略》要求:建设先进网络文化,加强社会主义先进文化的网上传播。牢牢把握社会主义先进文化的前进方向,支持健康有益文化,加快推进中华民族优秀文化作品的数字化、网络化,规范网络文化传播秩序,使科学的理论、正确的舆论、高尚的精神、优秀的作品成为网上文化传播的主流。因此,有必要禁止违法的网络传播行为,防止违法的作品在网上传播。

作品、表演、录音录像制品的禁止性规定。我国《信息网络传播权保护条例》第三条明确规定“依法禁止提供的作品、表演、录音录像制品,不受本条例保护”。这里所称依法禁止提供的作品、表演、录音录像制品,主要是指一些带有违法内容的作品、表演、录音录像制品。



法律提示

我国《音像制品管理条例》第三条规定:“音像制品禁止载有下列内容:(一)反对宪法确定的基本原则的;(二)危害国家统一、主权和领土完整的;(三)泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的;(四)煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结,或者伤害民族风俗、习惯的;(五)宣扬邪教、迷信的;(六)扰乱社会秩序、破坏社会稳定的;(七)宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的;(八)侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;(九)危害社会公德或者民族优秀文化传统的;(十)有法律、行政法规和国家规定禁止的其他内容的。”我国的《出版管理条例》、《广播电视管理条例》、《电影管理条例》等行政法规,对出版物、广播电视节目、电影的内容都作了类似的禁止性规定。这些作品、表演、录音录像制品既然被依法禁止出版、发行、放映和播放,当然也不能通过信息网络向公众提供。

权利人行使信息网络传播权的行为上进行的禁止性规定。我国《信息网络传播权保护条例》第三条明确规定:“权利人行使信息网络传播权,不得违反宪法和法律、行政法规,不得损害公共利益。”保护信息网络传播权的目的是鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,如果权利人行使信息网络传播权,违反宪法和法律、行政法规,损害公共利益,就违反了著作权法和条例的立法初衷,当然应予以禁止。

4. 保护技术措施

为了保护信息网络传播权,权利人可以采取技术措施。

技术措施,是指用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品的或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。该款所称的技术,包括防止他人使用的方法、软件等;该款所称的装置是指一种可以单独起到防止使用的设备,如各种加密机;该款所称的部件是指不能单独成为一种技术措施,必须与

其他部件、设备配合使用的技术措施组成部分,如与计算机一起配合使用、防止复制的各类“加密狗”等。

技术措施的设置曾经被一些学者称为实用主义哲学在知识产权领域的突出表现。国际互联网的迅猛发展以及数字化技术的进步,使得版权作品和录音录像制品的复制和传播越来越快捷和方便,权利人通过正常的法律途径来阻止他人未经授权访问、使用自己的作品、录音录像制品等,需要付出高昂的成本而且收效甚微,不得不开始寻求以法律手段之外的方式来捍卫自己的权益。于是作为补充、强化、扩展法律保护模式的技术措施应运而生。在网络环境下,作为预防侵权行为发生的事先措施,技术措施能够通过防止、限制使用者非法访问、使用权利人的作品、录音录像制品,有效地保护权利人的经济权利;同时,通过在客观上截断侵权人接触、使用作品的途径,使他们无法歪曲、篡改作品等客体,保护了作品的完整性,从而也起到保护作者精神权利的作用。



法律提示

我国《信息网络传播权保护条例》第四条明确规定,“任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施,不得故意制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术措施的装置或者部件,不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。但是,法律、行政法规规定可以避开的除外”。

6.2.2 我国信息网络传播方面的立法概况

近年来,我国互联网迅速发展。截至2014年12月,中国网民规模达6.49亿,全年共计新增网民3117万人。互联网普及率为47.9%,较2013年年底提升了2.1%,互联网已成为获取信息的主要途径。随着网络技术的快速发展,通过信息网络传播权利人作品、表演、录音录像制品的情况越来越普遍。如何调整权利人、网络服务提供者和作品使用者之间的关系,已成为互联网发展必须认真加以解决的问题。为此,我国已建立信息网络传播权的保护制度,并出台了相关法律、行政法规、司法解释及规章。2000年,最高人民法院制定了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》;2001年,全国人大常委会修订了《中华人民共和国著作权法》;2002年,国务院颁布了《中华人民共和国著作权法实施条例》;2003年,最高人民法院修订了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》;2005年,国家版权局及工业和信息化部联合发布了《互联网著作权行政保护办法》;2006年国务院通过了《信息网络传播权保护条例》(该法规已于2013年修改并颁布实施)。通过上述法律、法规及相关司法解释可以看出,侵犯他人信息网络传播权不仅要承担民事责任,还要承担行政责任,甚至刑事责任(构成犯罪的)。作为互联网信息网络服务的主要提供者,基础电信运营企业在提供信息网络服务过程中应树立保护信息网络传播权的观念,包括保护自身权益和尊重他人权益的意识。

6.2.3 信息网络传播的法律保护

作品在互联网上传播,与著作权法意义上的出版、发行、公开表演等方式虽然不同,但在本质上都是为了使作品向社会公众传播。

1. 合理使用制度

著作权法上的合理使用制度是指在符合法定条件的情况下,使用作品等可以不经权利人许可,不向其支付报酬的制度。传统著作权法中的合理使用制度能否适用于网络环境?其范围应该扩大还是应该缩小?在学理上有不同的认识。中国作为发展中国家,有着自己独特的经济、文化背景,在保护信息网络传播权的同时,必须充分考虑公众使用作品的正常需要和社会公共利益。



法律提示

我国《信息网络传播权保护条例》明确规定,通过信息网络提供他人作品,属于下列情形的,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬。

(1) 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品。

(2) 为报道时事新闻,在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品。

(3) 为学校课堂教学或者科学研究,向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品。

(4) 国家机关为执行公务,在合理范围内向公众提供已经发表的作品。

(5) 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的、以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品,向中国境内少数民族提供。

(6) 不以营利为目的,以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品。

(7) 向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章。

(8) 向公众提供在公众集会上发表的讲话。

2. 图书馆等公共文化机构通过信息网络提供馆藏作品的合理使用制度

图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等公共文化机构,负有传播文化,提高民族素质的职能。对图书馆使用作品在著作权保护上规定例外和限制是各国的通常做法。

我国《信息网络传播权保护条例》第七条明确规定:“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可,通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品,不向其支

付报酬,但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外。”

图书馆等公共文化机构通过信息网络提供作品,享受合理使用的权利需要满足下列条件:一是享有合理使用权利的主体是图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等公共文化机构。二是提供的作品仅限于本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品。三是传播的范围仅限于通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供。四是不得直接或者间接获得经济利益。图书馆享有合理使用权利的基础是具有公共文化服务的职能,如果偏离了这个职能,合理使用也就失去了依据。五是当事人另有约定的除外。这是指图书馆等收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品的权利人与图书馆另有约定的情况下,应当按照约定的权利义务关系履行。



相关案例 万方硕博论文侵权案部分判决出台

北京市海淀区人民法院审结了284名博士、硕士学位论文作者分别起诉北京万方数据股份有限公司侵犯著作权纠纷案件,法院依据被告取得合法授权、取得授权有瑕疵以及未取得授权三种情况,分别做出了驳回原告诉讼请求、被告赔礼道歉、赔偿原告不同数额经济损失的三种判决结果。

对此,北京万方数据公司新闻发言人张秀梅昨日对记者表示:“这只是部分判决结果,并不是最终全部的结果,万方数据会在所有的判决结果全部出来并拿到手之后,统一对外发布对判决结果的态度。”

经了解,通常一篇论文经过硕博士本人、导师、学校三方才能最终形成。此前万方数据表示,他们所使用的这些论文资料均已获得了校方授权。而万方数据所做的不过是将其控股股东(中国科技信息研究所,即国家法定论文收藏地)的馆藏进行了搬家工作。

据此,海淀法院根据学位论文的不同授权情况,分别做出了如上三种判决结果:据了解,本案中,法院依法驳回原告诉讼请求的案件约为50件。其余按授权有瑕疵或未取得授权,法院判决被告公开赔礼道歉,并区分硕士学位论文和博士学位论文分别判令被告赔偿原告经济损失2300元至3300元不等。

此前,北京万方数据在北京海淀法院遭到500名硕、博士联名起诉著作侵权,随后又在上海等地再次遭到多名博士联名状告其侵犯著作财产权。该案被称为是国内知识分子集体维权首案,因此引起业界广泛重视。

不过张秀梅表示:“目前我们最关注的主要就是海淀法院方面的判决,因为其他各地的起诉会参照海淀方面的判决。”张秀梅说:“此次案件全是竞争对手操作的结果,最终判决结果全部出来之后,我们会正式发布官方态度,我们希望判决结果对整个行业起到借鉴作用。同时也希望对所有的人都可以负责。”(北京商报,2014年7月9日)

3. 远程教育的法定许可

网络和数字技术的发展,为教育发展提供了新的手段,丰富了教育的内容,极大地拓展了教育的空间,使得远程教育成为可能。所谓远程教育,一般是指利用网络和数字技术,通过互联网开展的教学活动,它是一种学生在时间和空间上与教师分离的教学模式。远程教学

的形式是多样化的。目前,远程教学一般采用电子邮件、新闻组、聊天室、电子布告板系统、可下载的录音、录像文件、课程管理结构程序、网站之间的超文本链接以及交互式 CD-ROM 和 DVD-ROM 等方式进行教学。远程教育作为一种随着网络的发展而兴起的一种全新的教育模式,与传统的课堂教学在本质上是一致的,但是在教学方式上又具有特殊性。

随着数字技术发展兴起的远程教育,成为发展我国教育事业,满足人民群众的教育需求,特别是解决农村、边远地区的教育问题的重要途径。

为此,我国《信息网络传播权保护条例》第八条规定:“为通过信息网络实施九年制义务教育或者国家教育规划,可以不经著作权人许可,使用其已经发表作品的片断或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品制作课件,由制作课件或者依法取得课件的远程教育机构通过信息网络向注册学生提供,但应当向著作权人支付报酬。”

发展远程教育的法定许可制度,使用作品的前提是通过信息网络实施九年制义务教育或者国家教育规划。这里首先从教学方式上把远程教育与传统课堂教育区分开来;其次从教育内容上,把一些通过互联网从事营利性培训、辅导的行为排除出去。使用作品的行为包括:使用其已经发表作品的片断或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品制作课件,由制作课件或者依法取得课件的远程教育机构通过信息网络向注册学生提供。这里针对远程教育的特点,首先,把使用作品的行为从编写教科书扩大到课件,主要是因为远程教育过程中,授课内容主要以课件的形式提供,相对于传统课堂教学的教科书,远程教育使用的课件在内容上除了课本内容,还包括大量参考资料,在形式上更多地采用了多媒体和互动式技术。其次,把使用作品的行为从编写教科书扩大到向注册学生提供课件。限定提供的对象是注册学生,把远程教育与一般面对公众的教育、宣传行为区分开来。符合以上条件使用作品的行为,可以不经著作权人许可,但应当支付报酬。

4. 扶助贫困通过信息网络提供作品的特别规定

为了方便借助网络和数字技术向农村地区传播文化,促进农村经济、文化的发展,我国《信息网络传播权保护条例》第九条规定:“为扶助贫困,通过信息网络向农村地区的公众免费提供中国公民、法人或者其他组织已经发表的种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品,网络服务提供者应当在提供前公告拟提供的作品及其作者、拟支付报酬的标准。自公告之日起 30 日内,著作权人不同意提供的,网络服务提供者不得提供其作品;自公告之日起满 30 日,著作权人没有异议的,网络服务提供者可以提供其作品,并按照公告的标准向著作权人支付报酬。网络服务提供者提供著作权人的作品后,著作权人不同意提供的,网络服务提供者应当立即删除著作权人的作品,并按照公告的标准向著作权人支付提供作品期间的报酬。”

相关链接

通过信息网络向农村地区提供作品建立了一种特别的法定许可制度,包括以下要件:一是提供作品的对象仅限于我国农村地区的公众。二是提供作品的范围:首先作品的权利人仅限于中国公民、法人或者其他组织;其次必须是已经发表的作品;再次作品的内容为种植养

殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品。三是通过公告的方式取得许可并支付报酬。网络服务提供者应当在提供前公告拟提供的作品及其作者、拟支付报酬的标准。自公告之日起30日内,著作权人不同意提供的,网络服务提供者不得提供其作品;自公告之日起满30日,著作权人没有异议的,网络服务提供者可以提供其作品,并按照公告的标准向著作权人支付报酬。网络服务提供者提供著作权人的作品后,著作权人不同意提供的,网络服务提供者应当立即删除著作权人的作品,并按照公告的标准向著作权人支付提供作品期间的报酬。四是提供作品不得直接或者间接获得经济利益。

5. 合理使用和法定许可的具体条件

不经著作权人许可通过信息网络向公众提供其作品的,还应当遵守下列规定:除上述的法定情形外,不得提供作者事先声明不许提供的作品;指明作品的名称和作者的姓名(名称);依照法律规定支付报酬;采取技术措施,防止规定的服务对象以外的其他人获得著作权人的作品,并防止《信息网络传播权保护条例》第七条规定的服务对象的复制行为对著作权人的利益造成实质性损害;不得侵犯著作权人依法享有的其他权利。

6.2.4 著作权人和互联网内容提供者的保护责任

未经其许可被他人提供到网络上的作品、表演、录音录像制品的著作权人或者表演者、录音录像制作者为权利人。

如果这些作品、表演、录音录像制品未经权利人许可被删除或者改变了权利管理电子信息,则同样侵犯了权利人的合法权益。随着网络应用技术的普及,通过网络传播新闻、评述、论文、软件、音乐、影视作品等情况越来越多。在传播的这些作品、表演、录音录像制品中,不乏有一部分未经权利人许可被上传到网络上,即侵犯了权利人信息网络传播权。由于这种侵权纠纷往往只涉及一篇文章或者一首音乐,标的额比较小,通过行政或者司法程序解决此类纠纷成本过高,也没有必要。但是,网络传播的优势是传播速度快、传播范围广,如果不及时制止这种侵权行为,权利人的利益会受到很大损失。

在配合权利人、互联网内容提供者采取措施时,网络服务提供者不必担心自身会因此而承担法律责任,因为《信息网络传播权保护条例》第十四条、第十六条对承担责任的主体有明确的规定。对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者,权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品,侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的,可以向该网络服务提供者提交书面通知,要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。



法律提示

通知书应当包含下列内容:(一)权利人的姓名(名称)、联系方式和地址;(二)要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址;(三)构成侵权的初步证明材料。此外,权利人应当对通知书的真实性负责。

6.2.5 网络服务提供者在经营活动中应承担的义务

1. 配合著作权人保护其权益的义务

著作权人认为,网络服务提供者提供的信息存储空间或者提供的搜索、链接服务涉及的作品侵犯了自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己管理电子信息的权利的,可以提交书面通知,要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。



法律提示

《信息网络传播权保护条例》第十五条规定,网络服务提供者接到著作权人的通知书后,应当立即删除涉嫌侵权的作品或者断开与涉嫌侵权作品的链接,并同时将通知书转送提供作品的互联网内容提供者;如果互联网内容提供者网络地址不明、无法转送的,则应将通知书的内容同时在信息网络上公告。

2. 配合互联网内容提供者保护其权益的义务

互联网内容提供者接到网络服务提供者转送的通知书后,认为其提供的作品、表演、录音录像制品未侵犯他人权利的,可以向网络服务提供者提交书面说明,要求恢复被删除的作品、表演、录音录像制品,或者恢复与被断开的作品、表演、录音录像制品的链接。



法律提示

《信息网络传播权保护条例》第十七条规定,网络服务提供者接到互联网内容提供者的书面说明后,应当立即恢复被删除的作品、表演、录音录像制品,或者恢复与被断开的作品、表演、录音录像制品的链接,同时将互联网内容提供者的书面说明转送著作权人。

3. 社会的义务

对于不经著作权人许可、通过信息网络向公众提供其作品的,应当遵守一定规则。一是指明作品的名称和作者的姓名(名称);二是依照规定支付报酬;三是采取技术措施,防止规定服务对象以外的其他人获得著作权人的作品,并防止特定服务对象的复制行为对著作权人利益造成实质性损害;四是不得侵犯著作权人依法享有的其他权利。



相关案例

2014年北京海淀区法院官方微博称,未经著作权人许可,通过酷我音乐网、酷我音乐与酷我听书客户端软件等途径提供网络小说在线收听及下载服务,北京酷我科技有限公司被认定侵犯他人信息网络传播权,需赔偿经济损失等共计44万余元。

4. 行政义务

《信息网络传播权保护条例》第十三条、第二十五条规定,著作权行政管理部门有权要求网络服务提供者提供涉嫌侵权的互联网内容提供者的姓名(名称)、联系方式、网络地址等资料的权利,网络服务提供者无正当理由拒绝提供或者拖延提供的,要承担法律责任。



相关案例 网友上传电视剧至播剧网站被索赔

“央视还没首播,这家娱乐公司就播了!”北京网尚文化传播有限公司(简称网尚公司)拥有《李小龙传奇》电视剧在大陆的网络版权,他们意外发现,成都某数字娱乐公司先于央视首播该剧前半月,已在自己网络内热播了。为此,网尚公司将该娱乐公司告到成都武侯法院,索赔3万元。昨日,武侯法院开审此案。

央视是最早获得《李小龙传奇》在大陆播放权的,从2008年10月开始播放。该剧的网络版权拥有方网尚公司10月时接到举报:成都某娱乐公司2008年9月下载了《李小龙传奇》,并在自己网站内播放。网尚公司截取了相关证据资料之后,向成都某娱乐公司送达律师函,要求其停止侵权。最终,网尚公司将其告到法院,索赔3万元。昨日,武侯法院开审此案。“电视剧是网友上传的,并非公司故意行为。”成都公司的代理人承认公司播放了《李小龙传奇》,但称电视剧是网友上传的。

法院经审理认为,望京上网公司未经许可在其经营的网吧内提供涉案电视剧的在线播放服务,侵犯了网尚文化公司的信息网络传播权,应承担停止侵权、赔偿损失的法律責任。据此,判令望京上网公司立即从其网吧电脑内删除涉案电视剧《李小龙传奇》,赔偿网尚文化公司经济损失及合理费用2000元。(华西都市报,2009-3-26)

6.2.6 网络服务提供者免除赔偿责任的情况

《信息网络传播权保护条例》第二十条至第二十三条对网络服务提供者规定了四种免除赔偿责任的情况。

1. 单纯提供接入服务或者传输服务

网络服务提供者提供网络自动接入服务、自动传输服务,只按照服务对象的指令提供服务,不对传输的作品、表演、录音录像制品进行修改,不向规定对象以外的人传输作品、表演、录音录像制品。

单纯提供接入服务或者传输服务的网络服务提供者可以免责,但是,其提供的接入服务或者传输服务必须是由事先设计好的计算机程序和通信线路根据服务对象的指令自动完成的,并且还须同时具备下列条件:

① 对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品不进行选择,并按照各服务对象提供的作品、表演、录音录像制品的顺序逐一传输。

② 对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品不进行任何修改或者改变。这里的修改或者改变主要是指网络服务提供者主观上没有实施该行为的故意。如果遇到机器故障,使

作品、表演、录音录像制品没有被完整地传输,例如被分成了几部分,甚至其内容出现了改变,这种情况不属于本条规定的“改变”。

③ 对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品按照服务对象的要求传输给指定的对象,并采取技术措施,防止指定对象以外的其他人获得服务对象提供的作品、表演、录音录像制品。

尽管网络服务提供者主观上没有侵害权利人的故意,客观上也没有积极实施侵权行为,但其提供的服务在客观上为侵权人实施侵权创造了条件。因此,网络服务提供者对服务对象的侵权行为可以不承担赔偿责任,不对权利人的精神损害予以赔偿,也无须承担赔礼道歉责任,但是,在接到权利人的通知后有义务对涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品实施删除或者断开链接。

2. 系统缓存服务

网络服务提供者为了提高网络传输效率,自动存储从其他网络服务提供者获得的作品、表演、录音录像制品,根据技术安排自动向服务对象提供,不做任何改变,不影响提供该作品的网站对使用该作品、表演、录音录像制品的监控,并根据该网站对作品的处置而做相应的处置。

所谓系统缓存,是指网络服务提供者为了提高网络传输效率、加快其服务对象获取其他网站信息的速度而采取的一种技术手段。网络服务提供者为了提高服务对象使用其网络浏览工具获取其他网络服务对象提供的信息,通常对服务对象浏览的其他网络服务提供者的信息进行分析,把经常浏览的其他网络服务提供者的信息复制到本网站上,然后快速地提供给服务对象。网络服务提供者提供的系统缓存服务不仅仅是存储,还包括将存储的权利人作品、表演、录音录像制品通过信息网络向其服务对象提供,这种提供涉及权利人的信息网络传播权。

相关链接

提供系统缓存服务的网络服务提供者在同时满足下列3个条件的前提下,可以对其存储、提供他人作品、表演、录音录像制品的行为予以免责。

一是网络服务提供者没有修改或者改变所存储的作品、表演、录音录像制品。

二是将他人的作品、表演、录音录像制品存储在所属网站的外部存储器上后,没有影响提供作品、表演、录音录像制品的原网络服务提供者掌握服务对象获取该作品、表演、录音录像制品的情况。换言之,尽管网络服务提供者可以从本网站外部存储器上提供原网络服务提供者所属网站上的作品、表演、录音录像制品,但不能影响原网络服务提供者对使用这些作品、表演、录音录像制品的情况进行监控,即不能断开与原网络服务提供者所属网站的通信。

三是在原网络服务提供者修改、删除或者屏蔽该作品、表演、录音录像制品时,根据技术安排自动进行修改、删除或者屏蔽。这里的技术安排实际是指预先设计的计算机程序,它不断跟踪原网络服务提供者网站上相应作品、表演、录音录像制品的变化情况,及时对本网站上的该作品、表演、录音录像制品进行修改、删除或者屏蔽。

3. 信息存储空间服务

向互联网内容提供者提供信息存储空间服务的,只要标明是提供服务,不改变存储的作品、表演、录音录像制品,没有从侵权行为中直接获得利益,接到著作权人通知书后立即删除侵权作品。

所谓信息存储空间,实际是指可以永久存储信息的计算机外部存储器的容量。由于这里所介绍的信息存储空间与网络密切相关,因此,这里所指的计算机实际是指可以与互联网连接的网络服务器。

相关链接

对提供信息存储空间服务的网络服务提供者规定了以下5项免责条件,网络服务提供者只有全部满足这5项条件时才可以免除赔偿责任。

一是提供信息存储空间服务的网络服务提供者对所提供的服务必须明确标明是自己提供的,并给出自己的名称、联系人、网络地址。这样规定的目的是避免权利人产生疑虑,以为该服务中存储的作品、表演、录音录像制品是网络服务提供者提供的,避免在涉嫌侵权时权利人将该网络服务提供者告上法庭,增加社会成本。

二是网络服务提供者对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品不进行修改或者其他改变。

三是网络服务提供者不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵犯他人的著作权或者相关权利。这样规定的目的是要求网络服务提供者提供服务一定是出于善意,主观上没有过错。

四是网络服务提供者没有从服务对象提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益。网络服务提供者服务对象提供服务一般会获得相应的利益,包括经济利益。但是,这种利益只能与提供的服务有关,不能与服务对象提供的作品、表演、录音录像制品有关,否则,网络服务提供者与服务对象就可能存在联合提供权利人作品、表演、录音录像制品的情况,当这些作品、表演、录音录像制品侵权时,网络服务提供者就应当承担共同侵权责任。

五是网络服务提供者接到权利人的通知书后,应当根据《信息网络传播权保护条例》第十四条的规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。

4. 通知与删除服务

网络服务提供者提供搜索、链接服务的,在接到著作权人通知书后立即断开与侵权作品、表演、录音录像制品的链接。但是,如果明知或者应知作品侵权仍链接的,应承担共同侵权责任。

随着互联网的快速发展,世界各国连接到互联网上的网络服务器越来越多,存储的各种信息也越来越丰富,这就使得人们通过网络能够更快、更方便地获得各种所需要的信息。但是,信息量一旦达到一定数量级,仅靠网络用户自己查找所需要的信息,则犹如大海捞针,用户会被浩瀚的信息海洋所淹没。为了方便人们获取所需要的网络信息,有的网络服务提供者专门提供搜索服务,即把网络上各网站的网页实时复制到本网站的服务器上,然后进行分

类、索引,再分门别类地存放到本网站数据库中。当网络用户提出搜索要求时,提供搜索服务的网络服务提供者则直接在其数据库中进行查找,并把找到的内容提供给用户,通常是提供该信息所存放网络服务器的网络地址。据专门从事搜索服务的网络服务提供者介绍,通常设计一个“蜘蛛”程序,24小时不间断运行,搜索互联网上各网站的网页,并实时传到所属的网络服务器上,然后进行分类、索引,按类存储。

尽管计算机的存储容量越来越大,可存储的信息越来越多,但是,对同一篇论文或者一首音乐,为了让所有上网用户都能看到,在所有连接到互联网上的计算机都进行存储则是一个巨大浪费。为了既能减少重复存储,又能方便上网用户使用,人们发明了“链接”技术,即通过网络服务器某信息标题后放置存放该信息的网络地址,用户单击该信息标题后,网络服务提供者自动提供出该信息的内容,并在用户的显示器上显示出来。该信息既可以存放在本网站上,也可以存放到其他网站上。链接技术的出现,使“信息共享”真正成为可能。

提供搜索或者链接服务的网络服务提供者一般不承担法律责任。如果权利人依照本规定通知网络服务提供者断开与涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品的链接,网络服务提供者按照《信息网络传播权保护条例》规定断开链接,则不承担赔偿责任。这里规定网络服务提供者免责的前提应当是对其搜索或者链接的作品、表演、录音录像制品是否侵犯他人著作权或者相关权利并不知情,既不明知也不应知。如果有证据证明网络服务提供者明知或者所链接的作品、表演、录音录像制品侵权仍链接的,则应当承担共同侵权责任。



相关案例 央视:盗版之争本质是视频网站和搜索引擎之争

2013年11月27日,中央电视台《经济半小时》栏目继续对互联网视频行业的版权之争进行跟踪报道。与11月13日央视对此事件首次发声的报道相同,除了对互联网视频行业的利益链条进行梳理外,此次央视经济半小时也鲜明地指出,所谓视频联盟对盗版的指责,所谓的版权之争,背后实质是互联网行业激烈竞争的缩影,也是视频网站与搜索引擎之争,版权只是此次竞争的“事由”而已。

11月13日,包括搜狐视频、乐视网、优酷土豆集团在内的中国网络视频反盗版联盟举行发布会,表示将联合对抗百度、快播等日益严重的网络视频盗版和盗链行为。联盟宣布已向法院起诉,并向百度索赔损失3亿元。

而在此次报道中,央视记者走上街头采访了大量网民。网民们纷纷表示,视频网站反盗版联盟以“保护版权”为名向搜索引擎兴师问罪,这显然是商业利益的驱使。央视记者采访的百度视频相关负责人也透露,百度一直高度重视视频行业的版权保护问题。从去年开始,已在打击盗版视频内容。6月至今,百度系视频产品封杀各类盗版及不良网络视频内容链接数量超过580万条。其中,仅百度视频APP就处理举报内容达150万条。

对此,央视评论员也指出,商业的活力,在于创造和创新,商业的利润也同样产生于合理合法的良性竞争。这一评论直指当前互联网视频行业以“版权”问题互相倾轧,忽视创新,希望借法律来平衡竞争吸引眼球,这并非行业发展的正路。

“百度正在以搜索为大背景,打造网络视频正版聚合平台”,业内人士分析,对于百度视频来说,先天的搜索技术优势,为聚合更多正版视频内容提供了保障,而在其他产品上的版

权保护经验,也能够为视频正版化提供有效借鉴。目前,百度视频还与多家正版视频网站合作,共同服务于“超级VIP会员”。包括上海文广集团和全球领先的视频分享网站 VIKI、拥有 2010/11 至 2018/19 赛季英格兰足球超级联赛独家转播权的新英体育等版权方等都已经加入到百度视频合作阵营,共同维护正版的权益。

对此,央视报道也指出,搜索引擎和视频网站这两种模式之间的竞争,应由网民自主选择,而不是通过“版权”这一敏感话题来制造争端。

视频网站之间以“版权”为名打响的战争,几乎每年都在上演。2009年,搜狐视频联合激动网、优朋普乐成立当时的“反盗版联盟”,如今的联盟成员“优酷”在彼时是被打击的主要目标;2010年,视频行业又曝出优酷连续起诉酷6、酷6起诉土豆、优朋普乐起诉迅雷、乐视起诉悠视等多起案件。视频行业诉讼案贯穿行业发展始终,今天的原告用不了多久就被盟友告上法庭。

6.2.7 法律责任

1. 侵权责任

有下列侵权行为之一的,根据情况承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任;同时损害公共利益的,可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为,没收违法所得,非法经营额5万元以上的,可处非法经营额1倍以上5倍以下的罚款;没有非法经营额或者非法经营额5万元以下的,根据情节轻重,可处25万元以下的罚款;情节严重的,著作权行政管理部门可以没收主要用于提供网络服务的计算机等设备;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

① 通过信息网络擅自向公众提供他人的作品、表演、录音录像制品的。

② 故意避开或者破坏技术措施的。

③ 故意删除或者改变通过信息网络向公众提供的作品、表演、录音录像制品的权利管理电子信息,或者通过信息网络向公众提供明知或者应知未经权利人许可而被删除,或者改变权利管理电子信息的作品、表演、录音录像制品的。

④ 为扶助贫困通过信息网络向农村地区提供作品、表演、录音录像制品超过规定范围,或者未按照公告的标准支付报酬,或者在权利人不同意提供其作品、表演、录音录像制品后未立即删除的。

⑤ 通过信息网络提供他人的作品、表演、录音录像制品,未指明作品、表演、录音录像制品的名称或者作者、表演者、录音录像制作者的姓名(名称),或者未支付报酬,或者未依照《信息网络传播权保护条例》规定采取技术措施防止服务对象以外的其他人获得他人的作品、表演、录音录像制品,或者未防止服务对象的复制行为对权利人利益造成实质性损害的。

2. 行政责任

违反法律规定,有下列行为之一的,由著作权行政管理部门予以警告,没收违法所得,

没收主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件;情节严重的,可以没收主要用于提供网络服务的计算机等设备;非法经营额5万元以上的,可处非法经营额1倍以上5倍以下的罚款;没有非法经营额或者非法经营额5万元以下的,根据情节轻重,可处25万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

① 故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件,或者故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务的。

② 通过信息网络提供他人的作品、表演、录音录像制品,获得经济利益的。

③ 为扶助贫困通过信息网络向农村地区提供作品、表演、录音录像制品,未在提供前公告作品、表演、录音录像制品的名称和作者、表演者、录音录像制作者的姓名(名称)以及报酬标准的。

另外,因权利人的通知导致网络服务提供者错误删除作品、表演、录音录像制品,或者错误断开与作品、表演、录音录像制品的链接,给服务对象造成损失的,权利人应当承担赔偿责任。网络服务提供者无正当理由拒绝提供或者拖延提供涉嫌侵权的服务对象的姓名(名称)、联系方式、网络地址等资料的,由著作权行政管理部门予以警告;情节严重的,没收主要用于提供网络服务的计算机等设备。

6.3 电子商务中消费者权益保护法律制度

电子商务是与网民生活密切相关的重要网络应用。2014年,中国网络购物市场交易规模达到2.8万亿元,增长48.7%,仍然维持在较高的增长水平。根据国家统计局2014年全年社会消费品零售总额数据,2014年,网络购物交易额大致相当于社会消费品零售总额的10.7%,年度线上渗透率首次突破10%。为了保护电子商务中消费者的合法权益,我国已经形成了以保护消费者权益的基本法《消费者权益保护法》为核心,以《民法通则》、《合同法》、《产品质量法》、《反不正当竞争法》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》等法律、法规为主要内容的网上消费者权益保护的法律制度。

6.3.1 电子商务交易中的消费者

1. 消费者的含义

所谓消费者,是指为了满足个人生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务的个人。消费者应具有以下几个法律特征。

(1) 消费者必须是购买商品或接受服务的个人

消费者是个人,包括一个国家领域内所有的人;包括一切自然人;包括居住、生活在一个国家的外国人、无国籍人。消费者仅限于个人(个体消费成员),而不包括政府机关、社会团体及生产单位的团体消费,更不包括生产者和销售者等经营者。法人或其他任何组织、团

体均不属于消费者的范畴,不受《消费者权益保护法》的保护,尽管法人或其他组织、团体以其名义购买、使用商品或接受服务。在特定情况下,若认定其为消费者,必须加以说明。

(2) 消费者必须是为“个人生活消费需要”而购买或使用商品或接受商品性服务的个人

所谓个人生活消费,是指为满足个人生活需要对各种物质资料和劳务消费,它包括两部分:一部分是物质资料消费,如购买日常生活所需的各种食品、衣物、家用电器、家具等;另一部分是由经营者提供劳务的服务消费(如摄影、理发、餐饮等)和信息劳务消费(如通信、心理咨询等)。消费者购买商品或者接受服务是为了满足个人或家庭的生活的需要,即生活消费,而非用于生产和经营。如果不是为生活消费需要而是明显地基于其他目的购买或使用商品或者接受服务,则不能认为是消费者。当然,我国为了保护广大农民的切身利益,《消费者权益保护法》第五十四条做了例外性规定,即“农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料(如化肥、农药、农业机械等),参照本法执行。”据此,农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料也视为消费行为。

(3) 消费者是通过商品交换形式获取生活消费资料和接受生活消费服务的个人

在商品经济社会,生产与消费分离,生产和消费之间需要通过商品交换来实现联系和沟通。生活消费资料是商品,消费者获取生活资料主要指购买以及获取后的占有、使用和处分的各个环节和过程。购买是为了使用和处分,二者不可分割。

2. 电子商务消费者的界定

电子商务消费者是指通过网络购买、使用商品或接受服务的人。电子商务消费者本质上仍属于消费者范畴。从这个角度来说,在电子商务交易中消费者的合法权益受到侵害,可以援用《消费者权益保护法》所主张的权利。

3. 电子商务消费者的特点

(1) 电子商务消费者仍属于消费者的范畴

电子商务是依托计算机及网络进行货物贸易和服务交易,并提供相关服务的商业形态。为此,电子商务消费者为了满足个人生活消费,依赖于网络是指需要而购买、使用商品或者接受服务的个人。电子商务消费者仍属于消费者,适用于中国相关的消费者权益保护法律制度。

(2) 电子商务消费者以中青年人为主力军

中青年的消费者,特别是青年消费者在使用网络的人员中占有绝对的比重,我国当前30岁以下的网民占到60%,按职业分类,学生占30%。由中青年为主体组成的网络商务群,与网络依赖群比较接近,但是在上网时长、网络应用数量上都远低于网络依赖群,在应用上的一个重大区别在于此群体几乎不访问论坛。同时他们在电子商务、在线炒股、旅行预订等应用上的特征明显强于搜索引擎、即时通信、电子邮件等基础应用。

(3) 电子商务消费者具有较高文化水准

网民的最大构成群体是学生,学生群体的大量存在,特别是高校学生为主,极大地活跃着中国的互联网应用,同时也是中国互联网的商业价值。除了学生之外,党政机关事业单位工作者、企业公司管理者、职员、专业技术人员等文职人员占有较大比重,而占中国人口最大比重的农民、产业服务业工人在网民中所占比重还比较低。与2007年相比,网民中无业人

群从 11.9% 下降到 5.5%。这有其必然原因:一方面,为减少上网费用,需要上网者具有快速阅读的能力,并熟悉计算机操作;另一方面,在国外站点浏览需要有一定的英文能力。所以,由于学生群体和文职人员具有较高的文化水平,因此他们比较容易接受新生事物,而且普遍能够利用互联网获取各自所需的相关信息。

(4) 电子商务消费者的平均收入处于中低收入阶层

由于电子商务的主体为学生,所以整体收入水平属于中等以下。72.53% 的上网用户能够接受的上网费用每月不超过 200 元。随着家庭计算机的普及,越来越多的用户选择在家中上网,这占用户总数的 60.27%。由于上网费用比较昂贵,一般用户对上网费用都比较敏感,上网费用自费的占 63.37%,其他的一般都尽量利用公费上网。2014 年,中国网民的人均周上网时长达 26.1 小时,较 2013 年年底增加了 1.1 个小时。网民对互联网应用使用广度和深度的提升,继续推动我国网民人均周上网时长的持续增长。用户一天当中首次上网的时间多集中在早上或者晚上,一方面是晚上有集中的时间上网,另一方面是晚上上网的人数较白天少而速度较快,而且在后半夜上网费用实行优惠。

6.3.2 侵害电子商务消费者权益的原因分析

电子商务中消费者权益被侵害的原因是多方面的,既有传统交易方式下侵害消费者权益因素在电子商务中的再现,也有电子商务条件下独有的原因。

1. 电子商务自身的性质

由于电子商务所信赖的互联网在诞生时,设计者只考虑到开放性与方便性,其自身的性质和特点给侵害消费者权益提供了空间和机会,电子商务交易中损害消费者的行为往往比传统交易方式下的要多一些,而且难以识别、难以控制。例如,网络的虚拟性可以很好地掩饰不法分子的欺诈行为,电子商务产品或广告信息的真实性、有效性难以得到保障,滋生了网上欺诈行为;现代信息技术为人们获取、传递、复制信息提供了方便,在线消费者的个人信息随时都存在被非法收集或扩散的危险,从而对传统的隐私价值产生了潜在的威胁;电子商务的全球性特点,也加大了电子商务交易管理的难度。

2. 法律制度不完善

电子商务立法现处于探索阶段,立法不够完善,为不法分子提供了可乘之机。同时,电子商务涉及多个环节,需要各方面的配合,而我国的相关政策、制度和配套设施等还很不完善。电子商务是以信用为基础的一种交易方式,只有交易双方具有良好的信用观念,其优越性才能发挥出来。然而,电子商务作为新兴的交易方式,消费者对其认识不够,维权意识不强,政府监管不到位,导致一些经营者纷纷利用电子商务这种新的交易方式进行侵害消费者的行为,将电子商务作为侵害消费者权益、牟取非法利润的工具。

3. 网络技术方面的原因

从电子商务交易平台建设来看,既然网络为电子商务提供了交易平台,那么,网络本身

的安全与稳定就应该得到保障,以保证交易能顺利、安全地进行。但从目前的现状来看,尽管我国网络的建设已经取得一定的成就,但与电子商务的要求还有不小的差距。网络经常受到恶意攻击,稳定性较差,使消费者能够进行快速、安全交易的要求无法得到保障。

电子商务中出现的以上问题在我国已经发生或将要发生,如网上诈骗、知情权受限、售后服务没有保障等问题已摆在广大消费者面前了,加之原有的法律保护已显乏力,这就对消费者权益保护提出了新的挑战。

相关链接

近年来,我国的电子商务发展可谓突飞猛进。国家统计局数据显示,2014年,我国电子商务交易额(包括B2B和网络零售)达到约13万亿元,同比增长25%。全年网上零售额同比增长49.7%,达2.8万亿元。2015年一季度,网上服务零售额1297亿元,增长43%,网上商品零售额6310亿元,增长41%。

然而在高速发展的同时,我国电子商务也暴露出了诸多问题,其中较为突出的就是产品质量、消费欺诈等问题。尤其在各种集中促销时段,消费者更是心有余悸。

《每日经济新闻》报道,2015年端午节期间,上海市工商局12315投诉热线节日期间接到投诉举报397件(投诉341件、举报56件),这其中网络销售诉求达167件,占比近5成,网上经营者未及时履约、售后服务延滞、网购产品质量瑕疵等诉求问题较突出。

为进一步统一执法尺度,加强价格监管,维护消费者和经营者合法权益,国家发展改革委发布了关于《禁止价格欺诈行为的规定》的有关条款解释的通知。

通知称,第三方网络交易平台在网站首页或者其他显著位置标示的某网络商品经营者所销售的商品价格低于该网络商品经营者在商品详情页面标示的价格的;第三方网络交易平台声称网站内所有或者部分商品开展促销活动,但网络商品经营者并未实际开展促销活动的;第三方网络交易平台提供的标价软件或者价格宣传软件等强制要求网络商品经营者进行虚假的或者引人误解的价格标示的,这三种情形应当认定第三方网络交易平台构成价格欺诈行为的主体。

6.3.3 电子商务消费者的权利及其法律保护

消费者的权利是包括消费者财产权、人身权等多种民事经济权利在内的综合权利。根据《消费者权益保护法》的规定,我国消费者在购买、使用商品和接受服务时享有安全保障权、知悉真情权、公平交易权、求偿权以及监督权等。结合我国消费者权益保护的实践,在电子商务法律环境下,网络消费者主要享有安全权、知情权、公平交易权和索赔权等。

1. 安全权

《消费者权益保护法》规定“消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务符合保障人身、财产安全的要求”,消费者有“个人信息得到保护的權利。”在电子商务模式中,消费者安全权的内涵比较

广泛。电子商务交易中的商品也可能存在质量问题,并对消费者的人身造成损害,网络的开放性和虚拟性也增加了消费者财产可能遭受侵害的风险,尤其在网上传输的电子支付环节,交易安全很难得到保障。此外,电子商务消费者的个人信息也存在被非法收集的危险,对电子商务消费者的隐私权构成了威胁。

电子商务消费者人身安全权和财产安全权的一般性保护可适用《民法通则》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》等法律、法规的有关规定。电子商务经营者应根据其对消费者安全造成损害的性质、情节和危害程度依法承担相应的民事责任、行政责任和刑事责任。

安全权保护的立法完善主要体现在对电子商务消费者隐私权的保护。侵犯消费者隐私权的行为主要表现在对消费者个人信息的收集、利用和销售。我国还没有专门的法律对网络隐私权加以保护,《消费者权益保护法》也没有对消费者个人信息的保护做出具体规定,不利于电子商务活动中消费者隐私的保护。在电子商务迅速发展的今天,我国应借鉴欧美国家的立法经验,制定具体规则保护电子商务消费者个人信息安全权。

2. 知情权

《消费者权益保护法》第八条规定:“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。”在电子商务环境中,电子商务消费者知情权应增加对电子商务经营者真实身份知悉的内容。

根据电子商务的实际,电子商务消费者的知情权应包括:获得有关电子商务经营者真实身份的权利;获得有关电子商务商品或者服务的真实情况的权利;获得有关电子商务交易商品或服务技术指标的真实情况的权利;获得有关电子商务交易商品或者售后服务的真实情况的权利。

在电子商务中,消费者和经营者是在虚拟的网络环境中进行交易的,消费者对经营者及其提供的商品或服务的了解完全依赖于经营者单方面提供的信息,因而无法对其所获信息的真实性做出辨别,其知情权的行使受到极大的限制。这种信息的不对称或者缺失极易造成电子商务消费者因购买商品或者接受服务时遭受人身或财产损失,而且由于难以确定经营者的身份进而无法进行索赔,造成消费者投诉无门的情况。

电子商务消费者知情权保护的主要现行法律依据是《消费者权益保护法》,此外,《合同法》、《广告法》、《产品质量法》、《反不正当竞争法》以及《食品卫生法》和《药品管理法》等法律也为电子商务消费者知情权的保护提供了法律依据。

为了完善电子商务消费者的知情权保护法律制度,应在新的立法中强化电子商务经营者信息披露的义务、网络服务提供者的信息披露义务和网上经营者信用体系的构建。

3. 公平交易权

《消费者权益保护法》第十条规定:“消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时,有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件,有权拒绝经营者的强制交易行为。”网络的虚拟性使电子商务消费者的弱势地位变得更加严重,电子商务消费者无法获得与经营者协商的平台,因而极易造成侵害电子商务消费者公平交易权的情况。

消费者的公平交易权的核心是消费者在与经营者之间进行的交易中享有获得公平的交

易条件的权利。因此,对电子商务合同条款的规制成为网上消费者公平交易权保护的主要问题。

电子商务交易中最常使用的合同是“点击合同”,即电子商务消费者按照网上预定的合同内容提示,通过点击“同意”或“接受”而与电子商务经营者订立的电子商务合同。这些合同通常采用格式合同的形式,消费者没有与经营者协商的余地。电子商务经营者多利用其优势地位制定有利于自己而不利于消费者的格式合同,在这些格式合同中存在减轻、免除自身责任的条款,消费者一旦确认合同,就承认了其中某些不公平、不合理的免责条款。



法律提示

根据《合同法》第四十一条的规定,在对网上经营者提供的格式合同条款的理解发生争议时,应按照通常理解予以解释。对网上格式合同条款有两种以上解释时,应当做出不利于网上经营者的解释,以保护网上消费者的利益。

对于电子商务经营者的告知义务,我国在立法时可以加入电子商务经营者在与消费者订立合同前告知义务的规则,如明确规定电子商务经营者应当于消费者在网上确认交易条件后的约定时间内,以电子邮件方式将确认书发送至消费者指定的邮箱。确认书包括下列主要内容:商品经营者的名称、所在地点、商品名称、规格、编号、完税后的价格、交易数量和单位、付款方式、配送费用、配送方法、商品交付时间、售后服务、承诺撤销权行使的条件和程序等内容,以细化网上经营者的通知义务,有利于网上消费者公平交易权的保护。

4. 索赔权

在电子商务交易中,消费者索赔权的保护存在着诸多障碍。如在网络空间,电子商务经营者的身份往往难以确定,当消费者的权利遭受侵害时,很可能因找不到实际的侵权者,且消费者往往因为举证困难而无法获得赔偿。B2C 电子商务交易多为小额交易,采用传统的司法程序解决争议往往成本过高,且管辖权和法律适用等存在许多不确定性。现有法律、法规中关于消费者索赔权的某些规定无法适用于某些数字化商品,因而对其保护缺乏相应的法律依据。电子交易的达成需经过合同订立、支付、配送等环节,涉及电子商务经营者、银行、物流公司等多方当事人,在发生纠纷时,在责任主体的界定和责任分担的确定方面存在很大的难度,妨碍了电子商务消费者索赔权的实现。

根据《民法通则》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》的有关规定,电子商务经营者侵害了网上消费者的人身权利或者财产权利的,应承担赔偿责任。目前电子商务中,网上消费者索赔权保护中存在的主要问题是数字化产品退换货以及交易当事人的责任分担问题。



相关链接

电子发票是纸质发票的电子映像,是一种无纸化形式的发票。电子发票无须印制,无须领取纸质发票,其领用、开具等环节都是通过统一的电子发票系统在互联网上进行的,降低了纳税成本;消费者可以在税务机关网站查验发票信息,减少接收到假发票的风险。

电子发票跟传统发票相比,发票防伪设计理念是不一样的,纸质发票是以税务机关指定印刷的、含有防伪标识的纸质件,其防伪模式是物理性的,其真伪需要专业人员判定;电子发票是存储在税务机关的发票数据信息,其防伪模式是电子化的,可以通过扫描发票上的二维码、登录官方的查验网站等方式进行查验,不需要人工判定。消费者可以直接到税务机关网站进行查验,只有查验信息一致,才是真发票。由于电子发票是通过便捷的信息查验比对的方式来进行防伪的,伪造或克隆电子发票是非常困难的,因此推行电子发票可以从根本上、有效地大幅减少虚假发票。

消费者购买商品后,可以通过销售网站、电子邮箱、智能手机等渠道获得试点企业开具的电子发票。消费者取得电子发票后,可换开纸质发票。

电子发票是降低征纳成本、强化发票管理的手段,而非针对网络购物和电子商务征税。选取电子商务企业先行开展电子发票应用试点,主要是因为电子商务的交易方式与电子发票的特点较为吻合,更适合电子发票初期试点。

电子发票是发票的一种新的表现形态,是合法的发票,跟传统纸质发票的功能一致,是合法的保修凭证。

在我国今后的电子商务消费者权益保护立法中,应着重强调数字化产品的退换货问题、电子交易当事人的责任分担问题,以及建立网上消费争端解决机制以保护电子商务消费者的索赔权。

6.3.4 电子商务经营者的义务

电子商务消费者权利保护的关键在于明确电子商务经营者应承担与消费者权利相对应的义务。电子商务经营者的义务既包括其承担的对电子商务消费者的义务,即平等主体间的义务,也包括其对国家和社会承担的义务。



法律提示

结合电子商务交易的特点和我国《消费者权益保护法》的规定,电子商务经营者向消费者提供商品或者服务,应有以下义务:

- ① 电子商务经营者有义务保证向其消费者提供的商品和服务的质量。
- ② 保证所销售的商品或服务符合人身和财产安全的要求。
- ③ 电子商务经营者须对自己的信息做出详细的披露,使消费者对其进行充分的了解。
- ④ 电子商务经营者以广告和商品介绍方式,保证向消费者提供的质量状况与商品实际的质量状况相符,不得侵害消费者的公平交易权和自主选择权。
- ⑤ 保护电子商务消费者个人信息的义务。



相关链接

采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者,以及从事证券、保险、

银行业务的经营者,应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、风险警示、售后服务、民事责任等真实、必要的信息。经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品,消费者有权自收到商品之日起七日内退货,但根据商品性质不宜退货的除外。经营者应当自收到退回货物之日起七日内返还消费者支付的价款。

经营者收集、使用消费者个人信息,应当遵循合法、正当、必要的原则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围,并经被收集者同意。经营者收集、使用消费者个人信息,应当公开其收集、使用规则,不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。

经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密,不得泄露、篡改、毁损,不得出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施,确保信息安全,防止消费者个人信息泄露、毁损、丢失。在发生或可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时,应当立即采取补救措施。

经营者未经消费者同意或者请求,或者消费者明确表示拒绝的,不得向其发送商业性电子信息。

此外,《合同法》、《产品质量法》、《食品卫生法》、《药品管理法》和《反不正当竞争法》等法律,以及一些行政法规和地方性法规也对经营者的义务做了相应的规定,这些规定同样可以适用于电子商务经营者。

6.3.5 网上消费者协会

消费者协会是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会团体。消费者协会的任务有两项,一是对商品和服务进行社会监督,二是保护消费者权益。

在电子商务中,由于网络的虚拟性和交易的无形化,消费者与经营者的交易纠纷具有特殊性,为此成立网上消费者协会成为必然。

网上消费者协会的宗旨是:对电子商务商品交易和服务进行社会监督,保护电子商务消费者的合法权益,引导广大电子商务消费者合理、科学消费,促进电子商务健康发展。



相关链接 315 消费电子投诉网站网上消费者协会应具有职能

- ① 向电子商务消费者提供消费信息和咨询服务。
- ② 参与有关行政部门对通过电子商务方式交易的商品和服务的监督、检查。
- ③ 就有关电子商务消费者合法权益的问题,向有关行政部门反映、查询,提出建议。
- ④ 受理电子商务消费者的投诉,并对投诉事项进行网上调查、调解。
- ⑤ 投诉事项涉及商品和服务质量问题的,特别是数字化商品时,可以提请鉴定部门鉴定,鉴定部门应当告知鉴定结论。
- ⑥ 就损害电子商务消费者合法权益的行为,支持受损害的消费者提起诉讼。
- ⑦ 对损害电子商务消费者合法权益的行为,通过大众传播媒介,特别是网络,予以揭露、批评。

6.3.6 电子合同与消费者权益的保护

1. 电子合同的概念

根据联合国《电子商务示范法》以及世界各国所颁布的电子商务法律规范,同时结合我国《合同法》的有关规定,电子合同的定义可以表述为:电子合同是平等民事主体之间通过电子信息网络,以数据电文形式达成的设立、变更、终止民事权利义务关系的电子协议。也就是说,电子合同是合同的一种,其特殊性在于,电子合同是通过电子手段订立的合同,是平等主体的自然人、法人及其他组织之间通过电子手段设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

电子合同的订立以网络为基础、电子合同的内容具有易改动性和易消失性、电子合同具有易保存和复制性、电子合同完成的自动性、电子合同生效的特殊性。

2. 电子合同的条款

《合同法》第十二条规定,合同的内容由当事人约定,电子合同一般包括以下条款:

(1) 当事人的名称或者姓名和住所

合同是双方或多方当事人之间的协议,当事人是谁、住在何处,或营业场所在何处应予以明确。当事人包括自然人、法人和其他组织。合同当事人是自然人时,应写明当事人的姓名、住所;是法人和其他组织时,应写明其名称和住所。如果是涉外合同,还应标明当事人的国籍。

(2) 标的

标的是合同权利义务指向的对象。没有标的或标的不明确,权利义务就没有依托,所以标的是合同的必备内容。合同的标的可以是货物,也可以是劳务或工程项目等。

(3) 数量和质量

数量和质量是标的的具体化,它直接确定了当事人权利义务的范围和程度。数量是以数字和计量单位来衡量标的的尺度,在大宗交易的合同中,除规定具体的数量条款以外,还应规定损耗的幅度和正负尾差。质量条款包括标的的名称、品种、规格、等级、标准、技术要求等。在合同实务中,质量条款能够按国家质量标准进行约定的,则按国家质量标准进行约定,没有质量标准的,也可按“凭样品”来规定质量条款。

(4) 价款或者报酬

价款、报酬又称为价金,是一方取得标的所支付的代价。在以物为标的的合同中,这一代价叫价金;在以劳务和工作成果为标的的合同中,这种代价称报酬。

(5) 履行期限、地点和方式

合同的履行期限、地点和方式,是享有权利的一方要求对方履行义务的法律依据,也是确定双方当事人没有完全履行合同的情况下承担法律责任的依据。其中,履行期限是指享有权利的一方要求对方履行义务的时间范围;履行地点是指合同当事人履行或接受履行合同义务的地点;履行方式是指当事人采取什么办法来履行合同义务。

(6) 违约责任

违约责任是当事人不履行或者不适当履行合同规定的义务所应承担的法律责任。

(7) 解决争议的方法

合同当事人在合同订立或履行过程中发生的争议如何解决,是否提请仲裁机构仲裁,最好在合同中写明,以便利于合同争议的管辖和尽快解决。

3. 格式合同及免责条款

格式合同是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立时未与对方协商的合同。由于网络购物的特殊性,在B2C的方式中几乎无一例外地采用格式合同。一些商家从自己的利益出发,在冗长的格式合同中掺杂了大量不利于消费者的条款,特别是免责条款,消费者上网购物时因为费用和时间的限制通常都不能细加研究,即使有消费者发现这些条款存在问题也只能被动地选择“接受”或“不同意”,而不能进行修改或提出自己的意见。



法律提示

经营者提供商品或者服务不符合质量要求的,消费者可以依照国家规定和当事人约定退货,或者要求经营者履行更换、修理等义务;没有国家规定和当事人约定的,消费者可以自收到商品之日起七日内退货;七日后符合《中华人民共和国合同法》规定的解除合同条件的,消费者可以及时退货,不符合解除合同条件的,可以要求经营者履行更换、修理等义务。依照前款规定对大件商品进行退货、更换、修理的,经营者应当承担运输等必要费用。如果电子商务经营者有意免除自己责任、加重消费者责任、排除消费者主要权利的,除合同无效外,还应责成其赔偿消费者的损失。



法律提示

经营者使用格式条款,应当以明显方式提醒消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容,并按照消费者的要求予以说明。经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的,其内容无效。

4. 系统设置与系统障碍

在B2B方式下,交易一方或双方设置了系统自动确认或自动回复功能的,若以系统自动回复未经所有人确认为由主张合同无效的,不予支持,因为计算机执行的是人编制的程序,反映的是人的意志。由于系统障碍造成错误回应的,在B2B方式下可解除合同的效力。如果出故障的是电子商务系统,则合同有效,因为电子商务经营者面对的是不特定多数的消费者,商誉是其必要的保证,所以他必须承担营运中的风险;如果出故障的是消费者一方的计算机,则可解除合同,因为在电子交易中,消费者处于弱势地位,应尽力保证消费者做出真实的意

思表示。

6.3.7 我国电子商务消费者权益保护制度的完善

电子商务消费者的合法权益保护是一项系统工程,既要从法律角度来探讨,还要从其他方面来引导消费者合法权益的实现,以真正建立起网络消费者权益的保护体系。

1. 完善相关法律建设

在电子商务消费者权益保护法制建设的过程,注重借鉴国外先进的立法经验并结合我国的实际,重点解决电子商务消费者知情权、安全权、索赔权的保护,以及网上格式合同的规制等比较突出的问题,构建先进的电子商务消费者权益保护法律制度。

2. 加强电子商务企业的自律性

电子商务活动的特殊性决定了电子商务经营者的行业自律对网上消费者权益保护的重要作用。在电子商务消费者保护领域,应充分发挥行业协会和团体的作用,鼓励企业界通过实施行业行为自律规范促进对消费者的保护,通过产业界的自律和政府与企业分担责任的合作管理模式替代立法管理,为电子商务发展创造宽松的环境和更灵活的发展和竞争空间。

仅靠电子商务企业的自律是不够的,由于网络经济有着较高的风险与不确定性,建立完善的信用评价体系对于交易纠纷的事前防范、保护消费者合法权益有着重要意义。我国应建立权威、中立的商业信用评价机构,建立全国性的商业信用查询系统,使消费者可以方便、快捷地对网上经营者进行信用查询,构建良好的网上商业信用制度。

3. 加大执法力度

为了更好地保护网上消费者的权益,除了应最大限度地将现行法律适用于电子商务活动和坚强电子商务企业自律性的同时,还应加强行政监管的力度和行政执法力度,以适应电子商务不断发展对消费者权益保护的需要。各级工商行政管理部门应进一步改进监管方式,强化监管措施,加大执法力度,对侵害电子商务消费者权益的行为进行查处。此外,还应充分发挥网上消协的作用,提高电子商务消费者的风险意识和维权意识。

6.4 电子商务税收法律制度

6.4.1 电子商务对传统税收理论与实践的冲击

电子商务以其高科技性、无形性和交易虚拟化等特性,使纳税主体、客体的认定以及纳税环节、地点等基本概念均陷入困境。同时,电子商务也加大了税收征管和稽查的难度,对常设机构概念提出了挑战,各国国家税收管辖权受到严重冲击。

1. 电子商务对税收理论的冲击

在电子商务交易模式下,网上交易使传统的税收原则虚拟化,并且,由于网上交易商品形态的变化,使电子商务的课税对象具有较大的不确定性,进而使纳税人、纳税环节等税法要素随之发生改变。

由于电子商务是以无形方式在虚拟市场中进行的交易活动,其无纸化操作的快捷性、交易参与者的流动性等特点,使纳税主体、客体、纳税环节以及纳税地点等按照传统税法进行界定存在困难。

(1) 电子商务带来纳税主体的不确定性

纳税人又称纳税义务人,是指税法上规定的负有直接纳税义务的单位和个人,包括自然人和法人。传统税制规定,凡从事商务活动的单位和个人,都要办理税务登记。税法要解决对谁征税的问题,也就是纳税义务由谁来完成的问题。我国的增值税、所得税、营业税等各税种,都对纳税主体的范围进行规定,确定纳税主体比较容易。而电子商务中,由于网络对所有交易主体都是开放的,任何人都可以成为交易主体;传统的中介人、中介环节不复存在,交易双方可以隐匿姓名、居住地等,造成电子商务下的纳税主体呈现多样化、模糊化和边缘化,具有不确定性。

(2) 电子商务使纳税地点的确认失去基础

纳税义务发生地的确定,是实施税收管辖的重要前提。现行税法规定的纳税地点主要包括机构所在地、经济活动发生地、财产所在地、报关地等。在目前电子商务交易中主要涉及的有买方所在地、服务器所在地、网络服务商所在地、卖方所在地等,它们一般都处在不同的地方,而且行政划分很可能也不同。电子商务的无国界性和无地域性特点,导致无法确定贸易的供应地和消费地,常设机构的概念变得模糊,从而无法正确行使税收管辖权,使传统纳税地点变得难以确定,从而使偷税漏税及重复征税行为的发生难以避免。

(3) 电子商务中传统纳税环节难以适用

现行税法对纳税环节的规定是基于有形商品流通过程和经营业务活动,主要适用于对流转税的征税。而在电子商务中,由于交易对象不易认定,因而原有的纳税环节难以适用。

在传统交易中,商品要经历生产、批发、零售和进出口等环节才能从生产者到消费者手中,纳税环节就是要解决在哪些环节征税的问题。它关系到税收由谁负担,税款是否及时足额入库以及纳税是否便利等问题。电子商务简化了传统商品流通过程的多个环节,往往是从生产者直接到消费者,中介环节的消失导致相应的课税点消失,加重了税收流失的现象,其中以流转税为甚。

2. 电子商务中课税对象的变化

课税对象是指征税的目的物,规定对什么征税。课税对象作为税收法律制度的核心构成要素,表明国家征税的具体界限,是区分不同税种的主要标志,也是决定税收属性的主要依据。电子商务中,虚拟的数字化产品与服务对传统课税对象划分方式提出挑战,并对税收征管产生影响。

(1) 电子商务交易内容的变化

电子商务具有的数字化特征,使得许多传统的商品交易变成了数字化信息的交易,这在一定程度上改变了产品的性质,使商品、劳务和特许权难以区分。

(2) 电子商务的交易模式

电子商务交易活动不是在传统的物理交易场所进行的,而是在虚拟的交易场所(网上商店)进行,买者与卖者互不谋面直接进行交易,减少了商务活动的中间环节,提高了交易效率。

(3) 电子商务中的财产

虚拟财产作为网络空间中虚拟社会的产物,产生于网络空间却已蔓延进入真实社会层面,不仅在现实社会具有不容忽视的重要地位,而且已经成为一类全新的财产,已无法纳入传统财产的范畴。

3. 电子商务对现行税法的冲击

电子商务的出现,改变了产品的流转方式,有形商品可以转化为数字形式存在,使交易商品与劳务转化为信息流,并通过网络来传递,这就改变了传统所得、传统财产的形式,而且电子商务产生了新的信息资源,这些都导致传统的税法不再适用。例如,原来以有形商品形式出现的书籍、报刊和软件等,现在都可以以数字化的信息形式从互联网上直接下载使用,还可以通过复制方式进行传播,其性质是提供商品还是提供服务或特许权使用,界限模糊。对于这种交易行为应该按销售货物征收增值税,还是按提供劳务征收营业税,或按转让无形资产征收营业税,根据现行税法难以判断。并且,由此而获得的所缴纳的所得税,应视为生产经营所得,还是提供劳务或特许权使用费所得,其标准也很难确定。

因此,由于电子商务环境下的交易对象的数字化,导致了课税对象性质认定上的困难,并进一步引发了税法使用上的不确定性。



相关链接

自2015年4月开始,全国主要沿海省区市的税务部门相继约谈辖区内的电商企业,并引发了国家要对淘宝卖家全面征税等各种猜测。而5月5日,国税总局《关于坚持依法治税更好服务经济发展的意见》指出,“各级税务部门今年内不得专门统一组织针对某一新兴业态、新型商业模式的全面纳税评估和税务检查”。

对电子商务是否征税、如何征税,一直是一个有争议的问题。从法理来说,本着税收公平的原则,电商当然不应是税收特区,是需要纳税的。而从中国目前的税收政策来说,也并无电商可以免税的规定。不过在税收实践中,对于电商一直比较宽松。

电子商务的纳税人,可以分为企业和个体经营者两种情况。对于企业来说,应该缴纳营业税或增值税,同时应该对利润缴纳企业所得税。而事实上,因为电商企业一般都有固定的营业场所,有工商登记和税务登记,对电商企业征税是一直正常进行的。对于在淘宝上的个体经营者来说,其纳税政策与线下个体户纳税的政策也是一样的,既要缴纳营业税或增值税,也要缴纳个人所得税。多年来,这些网上个体经营者之所以并未纳税或很少纳税,主要原因是无论经营额还是所得都未达到税收法律法规所规定的起征点。当然,其中也有一些卖家的

业绩不俗,应该纳税,但因为进行税收核实的成本很高,在前些年各地税收大幅增长的喜人形势下,税务机关顾不上也看不上这点小收入,睁一只眼闭一只眼,没有追究。

但今年全国税收尤其地方税收遇到分税制后二十多年从未遇到的严峻局面。今年一季度,地方财政收入增长仅2.4%,税收同比增速仅为1.2%,而历史上2000—2012年的税收年均增长则高达19%。地方税收严重下滑,地方财政支柱的土地出让金也严重下滑,同时,有两三万亿元的地方债今年到了偿还期,而随着中央对地方债发债权力的限制,地方举债也变得更为困难。这种情况下,地方政府掘地三尺找收入,将目光转向电子商务是不可避免的。按照有些地方政府的打算,不但从现在起要征电子商务的税,而且要查税,尤其要补税,以前十年八年所欠的,查出来一次性都要补齐。

如果用这种手段对付电商,那么,作为新型业态和经营模式的电子商务将面临灭顶之灾。在目前经济大不景气,国家全力保就业的形势下,对电商的征税补税,对全国大局也不是什么好事。这就是为什么国税总局不得不出面发出措辞强硬的文件,要求各级税务部门今年内不得专门统一组织针对某一新兴业态、新型商业模式的全面纳税评估和税务检查的原因。

电商照章纳税,在理论上法律上都无疑义和障碍,问题只在具体操作的政策考量。你是要长远的利益,还是眼前的利益,是要包括经营者利益在内的全面的利益,还是仅仅保证政府收入这一块利益。这些利益摆平了,那么,对于电商的税收也就有办法了。

6.4.2 电子商务税收法律制度构建的基本前提

电子商务以其虚拟化、无形化、无界化、无纸化以及电子支付的特点对以实务交易为基础的现行税收法律制度和原则造成了冲击,凸显出许多法律的空白和漏洞,传统的税法体系对其无法适从。那么,如何确定电子商务税收的基础、构建电子商务税法体系是税法研究的重要内容。

良好的诚信体系、法律环境、技术环境和与电子商务相适应的税收原则是构建完善的电子商务税收体系的基本前提。

1. 诚信基础

诚信是市场经济发展的基石。我国电子商务诚信体系已初具规模,但仍存在诸多问题,如信用评价和监管机制不健全,全社会的诚信意识还没有建立等。由于失信成本较小,所以给商业交易带来了很高的交易成本,也制约了传统商业走向电子商务的步伐。为此,完善的电子商务税收法律体系应建立完善的电子商务诚信体系。

构建电子商务诚信体系是实施电子商务税收的前提之一,同时电子商务税收诚信也是电子商务信用体系的有机组成部分。其具体包括:构建电子商务诚信评估机制、中介机制;培养电子商务企业诚信经营与纳税意识和消费者诚信消费习惯;建立完善的电子商务税收信用评价体系;建立完善的电子商务税收信用监督体系。

2. 法律基础

电子商务活动是在网络虚拟市场中进行的一种全新的交易,必须以完善的法律予以调

整。但由于其发展具有一定的超前性,目前的税收法律还不能满足电子商务的要求。因此要对电子商务进行税收征收必须建立与之配套的、完善的法律体系。

(1) 修订相关的传统法律法规

电子商务与传统商务在交易方式上存在明显的差异,因而要对传统的相关法律法规中不适应或有碍电子商务发展的条款进行必要的修订。如修订《刑法》,界定电子商务活动中的犯罪与刑罚;修订《会计法》,承认电子完税凭证的法律效力;修订《著作权法》、《商标法》、《计算机软件保护条例》等,以适应电子商务时代对法制环境的要求。

(2) 制定新法

电子商务广泛应用于经济领域必然会出现诸多传统法律不能解决的问题,所以制定与之相适应的法律规范也就成了必然。在制定相关法律法规时,应予以充分考虑是否涉及电子商务部分。

(3) 修订原有税法,并制定新的电子商务税收法律、法规

在电子商务交易中,原有税法的部分内容已不能满足需要。为此,对该部分应加以修订,增加涉税电子商务部分,完善电子商务涉税程序法与实体法,使电子商务主体的权利得以充分保障,其义务得以顺利完成。

随着电子商务活动的发展,电子商务税收法制必然成为税法中的重要组成部分。制定新的与电子商务相适应的税法已经势在必行。并且电子商务中出现新的网络信息商品,继续采用传统的税收法律法规,显然已不适用,为此应制定新的《电子商务网络信息商品税法》,并制定相关实施细则。

3. 技术基础

(1) 完善电子商务技术的国家标准

完善电子商务技术国家标准体系是电子商务发展的关键,鼓励企业联合高校和科研机构研究制定物品编码、电子单证、信息交换、业务流程等电子商务关键技术标准和规范,参与国际标准制定工作,完善电子商务国家标准体系。

(2) 电子商务实施技术

着力解决制约电子商务应用的重大科技问题,重点突破电子商务交易技术、加密与电子认证、在线支付、信用管理、供应链管理、系统集成等关键技术。加大无线射频识别、智能终端等技术与装备的研发力度,发展自主知识产权的技术装备与软件,推进综合集成应用,加快产业化进程。

鉴于对电子商务征税的难点在于信息流的性质的区分问题,所以应当改进网络信息技术。对于网络信息,特别是进行网络工商登记制度和税务登记制度的企业所流出的信息是否具有商务性进行区分,同时能够准确地计量其信息流量。

(3) 电子商务中的税收征收技术

电子商务时代,由于互联网中交易者身份的虚拟性与交易商品的无形性对现行税收征方式造成的巨大冲击,使现行税务登记方法无法适用,对现行的税款征收方式提出了挑战,并导致税款的大量流失。

为了提高税收征收效率,减少税款的流失,应加快税务机关的信息化建设,建立电子税务;研制开发电子化的税务票证系统和电子征税软件。电子化的税务票证系统的研制开发主要包括电子发票、电子税票、电子报表等税务票证。建立网络税务平台和网络税务认证中心。税务认证系统可以保证税收征管系统自动运行中对纳税人及其基本资料提供可靠数据。应对联网计算机进行定位,确定上网居民的身份,从而确定电子交易的双方,以便确定纳税人,掌握有关交易信息,进而进行科学合理的税收征管活动。

6.4.3 科学界定电子商务中的课税对象

从电子商务的交易内容中可以看出,电子商务交易商品既包括商品信息在网络空间传递,而实物流转仍需通过传统渠道的间接电子商务,也包括采用虚拟方式在网络空间传递数字化产品与服务的直接电子商务。而现行税法与间接电子商务关系密切,传统税法只需稍加改动,即可与之配套使用。而直接电子商务则与现行税制之间严重脱节。

1. 间接电子商务中的课税对象

间接电子商务又称不完全电子商务,是指无法完全通过网络实现和完成整个交易过程的电子商务方式,必须依靠外部要素完成物流与资金流。此类电子商务主要适用于有形的实物商品交易,如建筑材料、粮食、服装和电器等。间接电子商务是在网上支付与物流业不发达的情况下采取的初级形态的电子商务。

间接电子商务只是借用网络完成部分交易,物流或资金流的完成仍有赖于传统的渠道,并未改变交易的实质。所以,其课税对象并未发生实质改变,即便出现与传统税法的冲突,也是较小的,传统的税收法制的框架完全能够加以解决。对该种交易模式应仍采用传统的课税对象的认定方式,即按课税对象的性质不同,可分为流转税、所得税、资源税、财产税和行为税,并可按照传统的税法进行税收征收。

2. 直接电子商务中的课税对象

直接电子商务又称完全电子商务,是指可以完全通过网络实现和完成整个交易过程的电子商务方式,即信息流、物流和资金流完全通过网络完成。此类电子商务主要适用于信息产品和服务的交易,如计算机软件、游戏、网络服务的购买、付款和交付等。直接电子商务是能够实现网上支付的电子商务的高级形态。

电子商务改变传统交易模式的实质原因在于科技进步,出现了新的商品和交易行为,并改变了传统的物流传递方式,使物流(含服务与劳务)与信息流合为一体。但是对网络中传递的所有信息都应当认定为是交易对象吗?那么是不是应该对网络中所有信息都应该课税呢?网络是信息的海洋,但并非所有的信息都与商业有关。即便与商业有关,也不应不加区分地都认为是交易对象或课税对象。所以,在研究电子商务课税对象时只应将有价值的商业信息列入其中,即网络商品和网络商品信息。

网络商品是指网络上用于交换的劳动产品,既包括实物商品、劳务,也包括网络信息商品。网络信息商品是指依托网络所进行的各种信息商品和服务,包括网络信息商品、在线服

务和其他网络劳务。而网络商品信息是指所有在网络空间传递的商品信息,既包括网络信息商品信息,又包括传统商品信息,还包括其他网络商品信息。对于网络商品信息是不应征税的(有偿网络信息服务和网络广告服务除外)。

6.4.4 开征电子商务新税——网络信息商品税

在电子商务飞速发展的今天,对电子商务是否征税仍存在两种截然不同的认识,即对电子商务不应开征新税和对电子商务必须开征新税。

1. 电子商务应否征收新税的论说

对电子商务应否开征新税,一种观点是不开征电子商务新税,其依据是:经济发展是税制变化的决定性因素,开征新税的前提应是经济基础发生实质性的变革。从税收发展史来看,经济基础的变化,会带来税基的变化,继而使税种发生变化。因此,开征新税的前提是经济基础发生实质性的变革。电子商务也是属于商品经济范畴,其交易内容与传统贸易并无实质性差别,只是交易形式有所创新。简单地说,电子商务的交易本质上与传统的交易相同,只是形式随着科技的发展改变了,但并没有改变买卖本身的性质。从交易内容上并无差异,甚至可以说电子商务只是分割了商业企业和服务业的某些业务。因此可以认定电子商务的经济基础仍然是商品经济,电子商务并未使经济基础发生实质性变革,不应当对其开征新税。

另一种持相反观点的则认为对电子商务必须开征新税,理由是:反对开征电子商务新税的理由过于片面,对电子商务认识不足。这是因为,网上交易的税种是由交易的内容(课税对象)来决定的,而不是由电子商务的形式来决定的。电子商务是建立在计算机和互联网技术基础之上的,对该种经济模式应当一分为二地来进行剖析。一是电子商务是传统商业贸易与交易行为在网络中的延续,交易商品与服务仍为传统的产品与服务,未发生本质性的变化,计算机与互联网络对传统产品只起到宣传和销售功能,持反对开征电子商务新税的认识仅限于此。二是电子商务中产生了数字化、电子化的新型商品与服务,该商品具有虚拟化与无形化的特性,其生成、销售、传递等所有过程完全依赖于计算机与互联网络,网络经济以其虚拟化市场、个性化产品定制等新特点冲击了传统的经济基础,带来税基的变化,继而使税种发生变化。因此,必须开征新税。

2. 电子商务新税——网络信息商品税征收方案

对电子商务开征新税,只是对直接电子商务中产生的新型的网络信息商品、在线服务和其他网络劳务征收,而不是对所有通过电子商务交易的产品全部征收。

直接电子商务中,物流、资金流与信息流均在网络中实现,特别是物流与信息流趋于相同状态,一并在网上进行传递。而这种所谓的物又与传统物的概念完全不同,再按照传统税制收税确定课税对象显然是不适宜的。由于交易对象的变化,必然导致课税对象的变化。

国际流行观点认为,“比特税”是电子商务开征新税种的倾向性选择。但该方案受到大多数人的反对,主要原因是比特税难以区分信息流的性质,从而不符合税收的公平原则。比特税的征收也没有考虑到网络信息商品的价值问题,网络中传递的相同流量的信息,其价格

可能是完全不同的。这样就违背了税收的实质课税原则。

为此,由于在电子商务中网络信息商品的出现,使课税单位发生了变化,从而也使课税对象发生变化,此时既要考虑到网络信息商品的价值性,同时也要考虑到比特税的合理性。如果只对其征收比特税,无法体现出网络信息商品的价值,如果只对其征收从价税,则无法体现出税收的公平性。所以,为了既符合税收原则,同时又能解决电子商务造成国家税收的大量流失问题,建议采取既征比特税又征从价税的方式来解决该问题。但是,毕竟电子商务是新生事物,在现阶段双重征税的前提是采用较轻的税率,比特税只是按照信息流量进行象征性征收,以便体现网络商品交易的可税性。

另外,对于注册地在我国的公司,无论其服务器或网址注册地是否在本国,进行网络信息商品销售的,均由其自行缴纳网络信息商品税。对于注册地在外国的公司,无论其服务器或网址注册地是否在本国,对我国进行网络信息商品销售时,由消费者缴纳网络信息商品税和关税。



案例与思考 “3·15”投诉重灾区:家电和网购

在2015年“3·15”消费者权益保护日将要到来之际,国家统计局中山调查队随机选取78名有网购经历的市民进行网络售假和网购打假调查,结果显示网络售假现象较为普遍,受访市民期盼网络打假“重拳出击”。

1. 半数受访市民曾网购到假货

受访市民中,50.0%明确表示曾网购到假货;20.5%对网购到的商品真伪有所怀疑,但不确定是否假货;仅有29.5%表示从未在网购中买到过假货。受访市民表示,网购买到的假货中,五成以上是服装鞋包和化妆品。此外,电器和数码产品由于各种各样的行货、水货版本难以区分,容易混淆消费者的辨别力,占网购假货的近三成。

根据对“容易买到假货的网购平台”的调查结果,几乎目前活跃的每家电商都榜上有名,其中一些小商家聚集的网购平台高居榜首,成为“重灾区”,76.9%的受访市民表示网购到的假货是来自此类网购平台。

2. 渠道不畅致投诉维权受阻

2014年3月15日起施行的《网络交易管理办法》规定“网购可七天无理由退货”,且退货运费保险为消费者减轻了运费压力。57.7%的受访市民买到假货时选择退货退款,15.4%选择换货,而11.5%的受访市民表示会在网购到假货时给予卖家差评。仅有3.8%的受访市民买到假货之后会去投诉维权,另有11.5%选择忍气吞声、自认倒霉。

究其原因,一方面是网购投诉维权渠道不够畅通,部分市民认为网购平台上投诉的取证要求较为刁钻;另一方面,相比起实体店的面对面交流,网购投诉多数不是即时给予反馈,沟通难度更大、处理耗时更长,期间还可能受到卖家的电话、短信骚扰,严重影响市民的维权积极性。

思考: 1. 网络购物买到假货的原因是什么?

2. 如何维护自己的合法权益?

自测题

一、单选题

1. 下列不属于电子商务对现行税法基本要素产生影响的是()。
A. 纳税主体难以确认
B. 征税客体定性无明确法律依据
C. 纳税期限容易界定
D. 纳税地点确认原则适用困难
2. 下列不属于加快实施电子征税,完善税收征管制度的提议是()。
A. 建立网络税收系统
B. 建立一套完善综合的电子账簿系统
C. 免除银行扣缴义务
D. 建立完善税务稽查电子系统
3. 公安机关依法行使对某个公民的调查权而对个人数据进行调阅、摘录或复制,属于个人数据的()。
A. 间接使用
B. 直接使用
C. 反馈使用
D. 外部使用
4. 下列不属于传统税法基本原则的是()。
A. 法定原则
B. 公平原则
C. 强制原则
D. 效率原则
5. 比特税理论最早诞生于()。
A. 美国
B. 加拿大
C. 澳大利亚
D. 荷兰
6. 现代意义上的隐私权概念起源于()。
A. 英国
B. 法国
C. 瑞典
D. 美国
7. 网络隐私权保护模式不包括()。
A. 法律规范
B. 建设性的行业指引
C. 安全模式
D. 技术保护模式
8. 下列不属于个人数据的特点的是()。
A. 个人数据的所有权为该数据的生成者所拥有
B. 个人数据的内容是数据主体可被识别的个人信息
C. 个人数据构成个人隐私的重要内容
D. 个人数据控制权丧失后具有可恢复性

二、多选题

1. 个人空间隐私是指个人的隐秘范围,包括()。
A. 身体的隐秘部位
B. 个人住所
C. 私人日记
D. 办公室
2. 隐私是由()所组成。
A. 个人数据
B. 个人活动
C. 个人空间
D. 绝对隐私
3. 根据《消费者权益保护法》的规定,消费者的消费目的是()。
A. 满足个人生活消费需要
B. 满足家庭生活消费需要
C. 进行工业再生产
D. 进行销售

4. 电子商务消费者的主要权利包括()。

A. 安全权 B. 知情权 C. 公平交易权 D. 索赔权

5. 电子商务税收法律制度构建的基本前提有()。

A. 诚信基础 B. 法律基础 C. 物质基础 D. 技术基础

三、判断题

1. 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料的不适用于《消费者权益保护法》的规定。()

2. 根据《合同法》的规定,对网上格式合同条款有两种以上解释时,应当做出不利于电子商务经营者的解释。()

3. 隐私是一种与公共利益、群体利益无关,当事人不愿他人知道或他人不便知道的个人信息。()

4. 个人信息是指个人的姓名、住址、出生日期、身份证号码、医疗记录、人事记录、照片等单独或与其他信息对照可以识别特定的个人的信息。()

四、简答题

1. 电子商务经营者的主要义务有哪些?

2. 网络隐私权的主要侵权方式有哪些?

3. 网络隐私权的主要内容是什么?

实训题

如何进行网上投诉

(1) 登录 315 消费电子投诉网站 (<http://www.315ts.net>), 单击首页左上角的“我要投诉”按钮。

(2) 如果还没有注册或登录, 系统将引导你到会员注册(为什么要注册成为会员才能投诉?)或登录页面, 注册或登录成功后, 系统将引导你到“我要投诉”的页面。

(3) 如果是第一次投诉, 需要如实填写真实的个人资料, 如姓名、电子邮件、电话、地址、身份证号码、文化程度等, 以便进行快速联系, 并且作为核实投诉真实性和合法性的依据; 315 消费电子投诉网不会泄露你的个人资料。

(4) 填写完个人资料后, 进入投诉描述页面, 完整填写各项内容, 内容必须客观公正真实。如果有相关的证照, 可以用传真或网页上传的方式发送给网站。

(5) 提交投诉后, 下载维权卡, 并使用注册时的电子邮件将维权卡发送到 tscard@315ts.net。

(6) 投诉完毕后, 留意查看电子邮件, 网站在受理投诉和完成处理时都会将相关信息发送到您的信箱。

(7) 投诉受理完毕, 到回音壁反馈, 并到投诉页面对处理结果进行打分评价。

小组任务

1. 小组组成及任务

案例：网上购物受骗维权（见案例与思考）。

任务：网上购物受骗维权。

团队：全班学生分成3组，第一组为消费者，第二组为经营者，第三组为消协工作人员及法官。

2. 要求

各团队准备相应材料，在消协维权时完成并体会相应角色。同时熟悉并掌握相应法律知识。

双方主要准备《中华人民共和国消费者权益保护法》、《中华人民共和国产品质量法》及其他相关法律。

第一组（消费者）准备材料：所买商品实物，发票。

第二组（经营者）准备材料：免责理由。

第三组（消协）审查证据，并借助网络，写出调解书。

参 考 文 献

- [1] 全国人大财政经济委员会电子商务法起草组. 中国电子商务立法研究报告[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2016.
- [2] 王芸, 袁颖. 电子商务法规[M]. 北京: 高等教育出版社, 2016.
- [3] 柯桦龙, 周海斌, 夏雪峰, 刘焱飞. 以案说法: 电子商务法案例评析[M]. 北京: 机械工业出版社, 人民邮电出版社, 2016.
- [4] 李国旗. 电子商务法实务研究[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2015.
- [5] 高富平. 中国电子商务立法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [6] 刘喜敏, 迟晓曼. 电子商务法实务研究[M]. 大连: 大连理工大学出版社, 2015.
- [7] 姚维振. 电子商务法[M]. 合肥: 安徽师范大学出版社, 2014.
- [8] 李莉莎. 第三方电子支付法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [9] 鞠晔. B2C 电子商务中消费者权益的法律保护[M]. 北京: 法律出版社, 2013.
- [10] 郑远民, 李俊平. 电子商务法发展趋势研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2012.
- [11] 韩晓平. 电子商务法律法规[M]. 北京: 机械工业出版社, 2012.
- [12] 张楚. 电子商务法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [13] 李祖明. 电子商务法教程[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2009.
- [14] 齐爱民. 电子商务法[M]. 大连: 东北财经大学出版社, 2009.
- [15] 张楚. 电子商务法教程[M]. 北京: 清华大学出版社, 2005.
- [16] 张楚. 网络与电子商务法教程[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007.
- [17] 张楚, 郭斯伦. 电子商务法教程[M]. 北京: 首都经济贸易大学出版社, 2005.
- [18] 杨路明. 电子商务法[M]. 北京: 机械工业出版社, 2007.
- [19] 秦成德. 电子商务法[M]. 北京: 科学出版社, 2007.
- [20] 李适时. 各国电子商务法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2003.
- [21] 郭懿美. 电子商务法经典案例研究[M]. 北京: 中信出版社, 2006.
- [22] 杨坚争. 电子商务法教程[M]. 北京: 高等教育出版社, 2007.

反侵权盗版声明

电子工业出版社依法对本作品享有专有出版权。任何未经权利人书面许可，复制、销售或通过信息网络传播本作品的行为；歪曲、篡改、剽窃本作品的行为，均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人应承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。

为了维护市场秩序，保护权利人的合法权益，我社将依法查处和打击侵权盗版的单位和个人。欢迎社会各界人士积极举报侵权盗版行为，本社将奖励举报有功人员，并保证举报人的信息不被泄露。

举报电话：(010) 88254396；(010) 88258888

传 真：(010) 88254397

E-mail: dbqq@phei.com.cn

通信地址：北京市万寿路 173 信箱

电子工业出版社总编办公室

邮 编：100036

